DIE HAFTPFLICHT

DES

VERKÄUFERS VON INHABERPAPIEREN.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

VON DER

JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

GENEHMIGT

UND ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN ÖFFENTLICH ZU

VERTHEIDIGEN

AM 14. JANUAR 1892

VON

MAX KOENIG,

KAISERLICHER POSTINSPECTOR.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

OPPONENTEN:

HERR KAMMERGERICHTSREFERENDAR F. APPELIUS.
HERR KAMMERGERICHTSREFERENDAR Dr. jur. H. KAPLER.
HERR KAMMERGERICHTSREFERENDAR F. UHLBACH.

BERLIN.

DRUCK VON H. S. HERMANN.

1892.

DEM UNERMÜDLICHEN FÖRDERER DES LEIBLICHEN WOHLES

UND DER GEISTIGEN FORTBILDUNG SEINER BEAMTEN,

DEM HOHEN BESCHÜTZER WISSENSCHAFTLICHEN STREBENS,

SEINER EXCELLENZ

DEM STAATSSECRETAIR DES REICHS-POSTAMTS,

WIRKLICHEN GEHEIMEN RATH

HERRN

DR. HEINRICH VON STEPHAN

IN

EHRFURCHTSVOLLSTER UND DANKBARSTER GESINNUNG

GEWIDMET

VOM

VERFASSER.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535713_0072

Inhalt.

Seite

I. Vorwort 1

II. Grundlegende Erörterungen 8

III. Verkauf von unechten, formwidrigen und daher ungültigen, ausbezahlten, von einem Handlungsunfähigen und ohne staatliche Genehmigung ausgestellten Inhaberpapieren 20

IV. Verkauf amortisirter Inhaberpapiere 36

V. Verkauf im Amortisationsverfahren befindlicher Inhaberpapiere 39

VI. Verkauf nicht emittirter Inhaberpapiere 52

VII. Verkauf ausserkursgesetzter Inhaberpapiere 63

VIII. Verkauf ausländischer nicht gestempelter Prämienpapiere . . 65

Abkürzungen.

Die nachstehend bezeichneten Werke sind nur mit dem Namen des Verfassers angeführt:

Brunner, Die Werthpapiere, in Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2 S. 140 bis 235.

Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren. 1857.

Thöl, Handelsrecht. 1876.

Hasenöhrl, Das Oesterreichische Obligationenrecht. Bd. 2. 1890.

Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. 1857.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare.

Schliemann, Die Haftung des Cedenten. 1848.

Sachsse, Ueber die Haftbarkeit der Ausgeber von Werth- und Kreditpapieren gegen die Inhaber dieser Papiere, in der Zeitschrift für Deutsches Recht. Bd. 17 S. 29 bis 90.

Pappenheim, Begriff und Arten der Papiere auf Inhaber. Berl. Inaug.-Dissert. 1881.

Goldschmidt, Der Lucca-Pistoja-Aktienstreit. 1859.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht.

Calligaris, Regressrechte im Effectenverkehr, in Wiener Juristische Blätter Jahrgang 1884 S. 581 fg. und 593 fg.

Stobbe, Deutsches Privatrecht. Bd. 3. 1885.

Savigny, Obligationenrecht.

Windscheid, Lehrbuch der Pandekten.

I.

Vorwort.

Die Lehre von den Inhaberpapieren, Papieren au porteur, hat bei den neueren Juristen eine ungemein grosse Beachtung gefunden. Es liegt dies zunächst in der wahrhaft grossmachtlichen Stellung, welche dieses neueste Produkt unseres Rechtslebens im modernen Verkehr erlangt hat. In den Inhaberpapieren ist das wirksamste Mittel gegeben zur Belebung und Förderung des Kredits, dieser Seele des Handels. Sie ermöglichen den Staaten, den Provinzial- und Kreisverbänden, sowie sonstigen Korporationen auf lange Zeiten hinaus sich Kapitalien zu verschaffen, wie sie sonst in gleichem Umfange nicht aufgebracht werden könnten. Zahllose Unternehmungen zu socialökonomischen und humanistischen Zwecken, welche dauernd ein Anlagekapital erfordern, das von einigen Wenigen nicht aufgebracht werden könnte, verdanken dem Institut der Inhaberpapiere Entstehen und Bestehen. Ungezählte nützliche Aufwendungen, die auch der Nachwelt zu Gute kommen, müssten wegen ihrer Kostspieligkeit unterbleiben, wenn nicht in den Inhaberpapieren ein bequemes Mittel gegeben wäre, die über die Kräfte der Gegenwart hinausgehenden Lasten auf die folgenden Generationen mit zu übertragen. Ohne den schnellen und alle Theile sicherstellenden Uebergang von Forderungen, wie er in den Inhaberpapieren vor sich geht, wären die Kulturfortschritte der

Neuzeit — es sei nur an die Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen erinnert — nicht denkbar. Wir haben daher in den Inhaberpapieren ein Institut von ganz ausserordentlicher Tragweite vor uns. Sie gehören zu den bedeutendsten Erscheinungen des modernen Verkehrslebens.

Worin besteht nun diese Kraft der Inhaberpapiere, Staaten und Privaten in so reichlichem Maasse Kapitalien zuzuführen? Die Antwort auf diese Frage lautet: in der leichten Begebbarkeit der Papiere, oder, was gleichbedeutend ist, in der leichten Wiedererlangbarkeit der in den Papieren angelegten Kapitalien. Die Möglichkeit, den Vermögenswerth der in dem Papier enthaltenen Forderung durch Verkauf des Papiers, und zwar Verkauf in der einfachsten Form, zu realisiren, ist es, was den Inhaberpapieren ihre besondere Bedeutung verleiht. Der Darleiher, der Aktionair ist jederzeit in der Lage, ohne Schwierigkeit, ohne Beachtung besonderer Formen durch Veräusserung des auf den Inhaber gestellten Schuldbriefs oder Antheilscheins[1]) das hingegebene Kapital sich wieder zu verschaffen. Auf diese Weise werden auch kleinere Beträge, welche sonst wohlverwahrt im Kasten brach liegen würden, für den allgemeinen Verkehr nutzbar gemacht und ein ununterbrochener Austausch der Kapitalien herbeigeführt. Die Inhaberpapiere befördern den freien und schwunghaften Umlauf obligatorischer Vermögensstoffe, als welche wir die in ihnen enthaltenen Forderungen anzusehen haben. Kuntze[2]) bezeichnet sie nicht unpassend als spirituelle Dampfmaschine für den Transport der Kapitalien.

Zu der leichten Begebbarkeit der Inhaberpapiere kommt aber, dass die Forderung aus denselben eine abstrakte, von ihrem Schuldgrunde unabhängige ist, so dass der Nehmer nicht Gefahr läuft,

---

[1]) Für die Zwecke der vorliegenden Schrift darf ich davon absehen, die einzelnen Arten der Inhaberpapiere hier besonders aufzuführen. Ich verweise in dieser Hinsicht auf die ausführlichen Erörterungen Brunner's a. a. O. S. 201 fg. und Hasenöhrl's a. a. O. Bd. 2 S. 25 fg.

[2]) a. a. O. S. 9.

durch einen ihm nicht bekannten, der Forderung anhaftenden Mangel der causa zu Schaden zu kommen. Die Forderung aus dem Inhaberpapier — ich werde sie weiterhin kurz als Inhaberforderung bezeichnen — wird durch ihre abstrakte Natur für den Verkehr zu einem eminent tauglichen Mittel.

Das älteste römische Recht liess die Veräusserung und Uebertragung von Forderungen, wie wir sie heutzutage kennen und wie sie am fortgeschrittensten in den Inhaberpapieren erfolgt, überhaupt nicht zu. Dem römisch-rechtlichen Verstande war die obligatio eine rein persönliche Beziehung, ein durchaus persönliches Band zwischen einem bestimmten Schuldner und einem bestimmten Gläubiger. Ein Wechsel auf der Schuldner- oder Gläubigerseite zerriss das Band und zerstörte die Obligation. Der Gläubiger konnte nicht gezwungen werden, einen anderen Schuldner anzunehmen, und der Schuldner brauchte sich nicht einem anderen Gläubiger zu unterwerfen. Jede Aenderung des Rechtsverhältnisses erforderte die Einwilligung beider Theile. Man ging dabei von der Voraussetzung aus, dass der Gläubiger ein Interesse daran habe, die Leistung gerade von diesem Schuldner zu erhalten, und der Schuldner, gerade an diesen Gläubiger zu leisten; denn, wie sich nicht verkennen lässt, die Persönlichkeiten des Schuldners und Gläubigers sind keineswegs gleichgültig für die Art und Weise der Leistung, für die Durchführung der Zwangsvollstreckung u. s. w. Der Uebergang von Forderungen war nur möglich im Wege der sogenannten Novation, d. h. Neubegründung der Obligation durch die Promission des alten Schuldners an den neuen Gläubiger oder des neuen Schuldners an den alten Gläubiger. Doch konnte auch das römische Recht an diesem starren Prinzipe nicht festhalten und musste, wenn auch nicht dem Namen nach, so doch thatsächlich einen Wechsel in der Person des Gläubigers — nur dieser kommt für die Inhaberpapiere in Betracht — ohne Zerstörung der ursprünglichen Obligation zulassen. Es geschah dies auf dem prozessrechtlichen Umwege der Stellvertretung durch das Institut des procurator in

rem suam, welcher die Forderung im Namen des ursprünglichen Gläubigers, aber für eigene Rechnung geltend machte.[3]) In der weiteren Entwickelung des römischen Rechts, welches trotz aller Strenge der Prinzipien den Bedürfnissen des täglichen Lebens und des Verkehrs wie kein zweites sich anzuschmiegen verstand, was namentlich durch die grosse Machtvollkommenheit des Prätors und dessen eigenartige Stellung in der Rechtsprechung ermöglicht war, wurde dem Erwerber einer Forderung, wenn aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft der Uebertragungswille und die Annahme desselben zweifellos erkennbar war, eine actio utilis gegeben, so dass er nicht mehr alieno nomine, sondern suo nomine klagte; die obligatio aber blieb doch bei dem bisherigen Gläubiger und darüber ist das römische Recht auch nicht hinausgegangen. Erst nachdem der Gegensatz zwischen jus und actio in der neueren Zeit beseitigt worden ist, kann die Forderung als solche auf ein anderes Subjekt übergehen. In der neuesten Zeit ist es dann gelungen, in den Inhaberpapieren den Uebergang der Forderungen auf die leichteste Weise zu gestalten, die Forderungen gleichsam zu mobilisiren und sie in ausgedehntester Weise zum Gegenstand des Handels zu machen.

Neben der grossen Bedeutung der Inhaberpapiere für den modernen Verkehr haben wir einen weiteren Grund für das Entstehen einer so reichen Literatur über unser Institut in seiner besonderen Natur zu suchen, welche die rechtswissenschaftliche Behandlung sehr erschwert. In dem Inhaberpapier findet sich ein eigenartiger Dualismus, einmal das Papier als solches, auf

[3]) Gai. Inst. II 38: »Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum (i. e. mancipatio, in jure cessio, traditio) recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum. Sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.«

welches die Grundsätze des Sachenrechts über Eigenthum, Besitz, Uebergabe u. s. w. in Anwendung zu kommen haben, zum zweiten die in dem Papier beurkundete Forderung, welche nach den Grundsätzen des Obligationenrechts zu behandeln ist. Die Vereinigung dieser beiden Elemente, des Papiers und der Forderung, die Feststellung ihres Verhältnisses zu einander verleiht den Inhaberpapieren gewissermassen etwas Mysteriöses, was immer wieder zu neuen Theorien Anreiz giebt.

Das Verkehrsbedürfniss hatte das Institut der Inhaberpapiere ohne Rücksicht auf die Jurisprudenz in's Leben gerufen, und diese sah sich vor ein neues, in fremdem Gewande erscheinendes Rechtsgebilde gestellt, welches im römischen Recht kein Analogon fand. Für die juristisch-dogmatische Behandlung der Inhaberpapiere boten sich nun zwei Wege dar. Man konnte das Institut unabhängig von dem römischen Rechte behandeln und die darauf anzuwendenden Rechtssätze aus dem Zweck, welcher den Verkehr bei Schaffung der Inhaberpapiere geleitet hatte, zu gewinnen suchen und so den gewiss richtigen Grundsatz zur Geltung bringen, dass römische Rechtsanschauungen und römische Rechtsgrundsätze zur rechtlichen Regelung neuer Verkehrsinstitute nur insoweit herangezogen werden dürfen, als nicht durch eine solche Anwendung der Zweck des neugebildeten Instituts aufgehoben wird.[4]) Die Mehrzahl der Schriftsteller schlug jedoch den zweiten Weg ein; sie suchten die bei den Inhaberpapieren vorkommenden Erscheinungen auf Grundsätze und Formen des römischen Rechts zurückzuführen, oder, wie ein Schriftsteller sich ausdrückt, »die Inhaberpapiere über den Leisten römischer Begriffe zu schlagen.«[5]) Man wollte ein dem modernen Leben eigenthümliches Rechtsinstitut, dessen prinzipielle Verschiedenheit von den Erscheinungen des

---

[4]) Würde nicht der ganze Verkehr mit Inhaberpapieren unmöglich gemacht, wenn man auf ihn die lex Anastasiana anwenden wollte?

[5]) Geller in der Oesterr. Gerichtszeitung 1873 S. 161.

römischen Rechts sich nicht bestreiten lässt, dennoch unter römisch-rechtliche Begriffe bringen, als »ob das Leben der Begriffe und nicht die Begriffe des Lebens wegen da wären.«[6] [7])

Bei diesen theilweise sehr scharfsinnigen Versuchen konnte es nicht ausbleiben, dass — abgesehen von einigen allseitig anerkannten Grundsätzen, z. B. Unzulässigkeit der Einreden aus der Person des ersten Nehmers und der sonstigen Vordermänner, Verpflichtung des Schuldners, jedem Inhaber zu zahlen, Legitimation des Vorzeigers durch die Innehabung — über die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, ihre Entstehung und Weiterbegebung die verschiedensten Ansichten aufgestellt wurden, ohne dass bis jetzt ein allgemein befriedigendes Resultat erreicht worden wäre. Jeder Schriftsteller, der auf diesem Gebiete thätig wird, sucht seinen Vorgänger zu widerlegen und eine neue Theorie aufzustellen, um von seinem Nachfolger die gleiche Behandlung erfahren zu müssen. Mit einem grossartigen Palaste vergleicht der Nachfolger die Theorie des Vorgängers, zu welchem aber der Treppenaufgang fehle, und führt dann seinerseits ein Gebäude auf, dem es im Innern an Licht und Luft gebricht. Die Inhaberpapiere theilen eben mit so vielen Rechtsinstituten der Neuzeit, für welche sich in den Quellen keine Anhaltspunkte finden, das gleiche Schicksal, dass sich bezüglich ihrer die Wissenschaft nicht einigen kann.[8])

---

[6]) Ihering, Geist des römischen Rechts 1871 Bd. 3 § 59 S. 312.

[7]) Bezeichnend ist in dieser Hinsicht, was Dunker in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 5 1841 S. 47 sagt: »Es ist in der That eine schwierige, wie zur Uebung des juristischen Scharfsinns eigens erfundene Aufgabe, die mit den Inhaberpapieren aufgekommenen Rechtssätze mit den unwandelbaren Grundsätzen des römischen Rechts in Verbindung zu bringen.« Als ob das so unbedingt nöthig wäre! Ist die Welt seit Justinian stehen geblieben? Man wird hierbei an die Worte Voltaire's erinnert: »Voulez-vous avoir des bonnes lois? Brulez les vôtres et faites en des nouvelles.«

[8]) In dieser Hinsicht darf ich beispielsweise an den Streit erinnern, der lange Zeit zwischen den gemeinrechtlichen Schriftstellern geherrscht und eine umfangreiche Literatur hervorgerufen hat, ob auf die Post-

Auch in der positiven Gesetzgebung hat unser Institut fast gar keine Berücksichtigung gefunden, und wir können kaum eine juristische Materie von annähernder Wichtigkeit finden, bei der die gesetzliche Regelung eine so dürftige ist. Es fehlt demzufolge über wichtige Einzelfragen bezüglich unseres Instituts an einem ausgebildeten, allseitig anerkannten Juristenrecht wie an festen gesetzlichen Normen.

Bei diesem Stand der Dinge könnte es, zumal für den Anfänger, als ein gewagtes Unternehmen erscheinen, sich auf das Gebiet der Inhaberpapiere zu begeben und die beinahe überreiche Literatur um eine neue Schrift zu vermehren. Allein die Frage nach der Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren, welche den Gegenstand der vorliegenden Schrift bilden soll, ist von den meisten Schriftstellern entweder gar nicht oder doch nur sehr stiefmütterlich behandelt worden. In den meisten, selbst umfangreichen Abhandlungen sind unserer Frage nur einige Zeilen, oft nur in Form von Anmerkungen gehaltene aphoristische Bemerkungen gewidmet. Wo sich aber wirklich bezügliche Erörterungen finden, da entbehren sie theilweise eines einheitlichen Grundgedankens.[9])

In der vorliegenden Schrift will ich den Versuch machen, die Frage wegen der Regressrechte im Handel mit Inhaberpapieren etwas ausführlicher zu behandeln und die allgemeinen Gesichtspunkte näher darzulegen, von denen nach meiner Ansicht eine zweckmässige Behandlung der Frage auszugehen hat. Dabei habe

anstalten der Neuzeit das receptum nautae etc. Anwendung zu finden habe, oder ob der Posttransportvertrag als locatio conductio operis oder operarum anzusehen sei. Der Streit wurde für Deutschland erst beendet, als dem geeinigten Reiche auch ein einheitliches Postgesetz wurde, womit jene Frage zu einer rechtsgeschichtlichen geworden ist. Vergl. u. A. Kompe, Vom Posttransportvertrag, Zeitschrift für Deutsches Recht Bd. 18. 1858. Dambach, Gesetz über das Postwesen 1881 S. 3.

[9]) Die ausführlichste Erörterung unserer Frage findet sich in Hanausek a. a. O. S. 366 bis 396. Abgesehen davon, dass ich seinem Grundgedanken nicht beizutreten vermag, weiche ich auch sonst in einigen Punkten von seiner Ansicht ab.

ich aber mit Rücksicht auf den Zweck der Schrift davon absehen zu dürfen geglaubt, sämmtliche beim Handel mit Inhaberpapieren denkbaren Regressfälle in den Kreis meiner Erörterungen zu ziehen. Ebenso sind alle diejenigen Grundsätze unerörtert geblieben, welche auch überall sonst beim Kauf zur Anwendung kommen, z. B. die Folgen der mora in solvendo, der Uebergang der Gefahr auf den Käufer u. s. w.

II.

Grundlegende Erörterungen.

Die Beantwortung der Frage nach der Haftpflicht des Verkäufers ist fast in ihrem ganzen Umfange von der Entscheidung der Vorfrage abhängig zu machen, ob bei der emtio venditio der Inhaberpapiere die Grundsätze des Obligationenrechts oder des Sachenrechts in Anwendung zu bringen sind, mit anderen Worten, ob man als Object des Kaufgeschäfts das Papier oder die Forderung zu betrachten hat.[10]) Denn das römische Recht und nach ihm das gemeine Recht unterscheiden zwischen dem Sachenkauf und dem Kauf einer Forderung, und wenn auch die allgemeinen Grundzüge für beide Arten von Kaufgeschäften, soweit es ihre Natur zulässt, thunlichst analog zu gestalten sind, so erhalten wir für unsere Frage doch ein sehr verschiedenes Resultat, das auch der praktischen Consequenzen nicht ermangelt, je nachdem man das eine oder andere Princip zu Grunde legt. So würde beispielsweise bei Anwendung der Grundsätze des Sachenkaufs der Kauf eines unechten oder amortisirten Inhaberpapiers wegen error in substantia nichtig sein, weil das Papier nicht wirkliches Inhaberpapier, Träger einer Forderung ist, sondern ein werthloses Stück Papier, eine andere Sache als der Käufer voraussetzt. Dem Käufer stände daher nicht der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, sondern nur

[10]) Das Reichs-Oberhandelsgericht Bd. 5 S. 240 und Bd. 16 S. 149 lässt die Frage, ob beim Kauf eines Werthpapiers ein Sach- oder Forderungskauf vorliegt, unentschieden.

auf das Interesse am Nichtabschluss des Geschäfts, auf das sogenannte negative Vertragsinteresse zu. Sieht man jedoch in dem Kauf eines Inhaberpapiers einen Forderungskauf, so würde der Kauf zu Recht bestehen, da, wie später nachzuweisen sein wird, auch der Kauf einer nichtbestehenden Forderung gültig ist, und es könnte mithin der Käufer das Erfüllungsinteresse geltend machen.

Für die älteren Civilisten bestand die hier aufgeworfene Frage nicht. Mochten sie auch die juristische Natur der Inhaberpapiere verschieden construiren, so herrschte doch darüber kein Streit, dass das Wesen derselben die in dem Papier verbriefte Forderung ausmache und dass sich alle Rechtsgeschäfte an dieser vollziehen. Das Papier war ihnen stets nur Beweismittel einer unabhängig von ihm bestehenden Forderung, eine Pertinenz der Forderung, und in dieser Beziehung bestand zwischen dem Papier als Träger einer Inhaberforderung und der Urkunde bei gewöhnlichen Forderungen keinerlei Unterschied. Die Inhaberforderung liess man ebenso wie jede andere Forderung im Wege der Cession übergehen.[1])

[1]) So sagt Gönner, Von den Staatschulden etc. München 1826 B. 1 § 69 S. 231: „Bei au porteur lautenden Schuldurkunden ist die Uebergabe zur Vollendung und zum Beweise der Cession allein hinreichend". Schliemann a. a. O. S. 10 Anm. 1: „Dagegen ist allerdings die Veräusserung von Papieren au porteur, in specie von Staatspapieren auf den Inhaber als Cession aufzufassen." Thöl, a. a. O. Bd. 2 S. 82: „Die Papiere auf den Inhaber sind Beweisurkunden, auch kann die Schrift überdies Form sein. Und zwar sind sie Beweisurkunden, welche einerseits die Forderung beweisen sollen, hierin liegt nichts Eigenthümliches im Gegensatz der Papiere auf Namen, und andrerseits die Leichtigkeit der Legitimationsnachweisung bezwecken, hierin liegt ihre Eigenthümlichkeit." Savigny a. a. O. S. 179: „Die Papiere auf den Inhaber haben gar keinen Werth für sich, sondern sind blosse Schuldscheine, Beweisurkunden über Obligationen, von deren körperlichem Dasein die Fortdauer der Obligation ganz unabhängig ist." Dunker, Ueber Papiere auf den Inhaber, in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 5 1841 S. 49: „Inhaberpapiere sind Beweismittel für das unabhängig von der Urkunde bestehende Forderungsrecht.".

So lange man an dieser Theorie festhielt, glaubte man von einer eingehenden Erörterung der Haftung des Verkäufers von Inhaberpapieren absehen zu können, da sich diese Frage mit der nach der Haftpflicht des Verkäufers einer jeden Forderung oder, wie man sich nicht ganz zutreffend [12]) ausdrückte, mit der Haftung des Cedenten deckte. In dieser Hinsicht galt als alleinige Regel: der Cedent haftet de veritate, nicht de bonitate nominis, welche man mit Bezug auf die Inhaberpapiere in die neue Formel kleidete: der Verkäufer haftet für die Aechtheit der Urkunde, nicht aber auch für das Zahlungsvermögen des Ausstellers.

Die ältere Ansicht, dass die Uebertragung der Forderung aus dem Inhaberpapier unter den Gesichtspunkt der Cession, wenn auch einer besonders gearteten,[13]) zu stellen sei, hat in neuerer Zeit viele Anfechtungen erfahren. Man machte geltend, dass man füglich doch da nicht mehr von einer Cession reden könne, wo die meisten Regeln derselben — Zulässigkeit der Einreden aus der Person der Vordermänner, Anwendung der lex Anastasiana, Nothwendigkeit der Benachrichtigung des Schuldners u. s. w. — nicht Geltung beanspruchen könnten. Es wurde deshalb versucht, den Uebergang der Inhaberforderungen aus anderen Instituten des römischen Rechts zu erklären. So sieht Kuntze [14]) in der Novation den Rechtsakt, durch welchen sich der Wechsel des Gläubigers vollzieht, und stellt somit das Recht jedes Papierinhabers als ein durchaus selbständiges, von dem Rechte des Vordermannes unabhängiges hin. Nach Kuntze entsteht mit jedem Papierwechsel ein

[12]) Vgl. hierüber die Schrift von Schliemann: die Haftung des Cedenten, in welcher zum ersten Male in ausführlicher Weise dargelegt ist, dass der Cedent nicht als Cedent haftet, sondern aus dem Rechtsgeschäft, als dessen Erfüllung sich die Cession darstellt. Bis zum Erscheinen der Schliemann'schen Schrift war diese Lehre sehr vernachlässigt.

[13]) Sachsse a. a. O. S. 58 und 63.

[14]) a. a. O. S. 296.

neues Forderungsrecht, während das alte untergeht. Unger[15]) modificirte die Kuntze'sche Theorie und suchte darzuthun, dass der Wechsel der Gläubiger bei nur einmaliger Verpflichtung des Schuldners sich im Wege der Delegation (novatio qualificata) vollziehe. Renaud[16]) endlich stellte die Ansicht auf, dass die Uebertragung der Obligation, welche mittels Uebergabe des Papiers sich vollziehe, eine Singularsuccession in das Forderungsrecht bewirke, womit, beiläufig gesagt, für die Natur des Uebergangs der Inhaberforderung nichts gewonnen ist, da nach der heutzutage vielfach herrschenden Anschauung die Cession überhaupt eine Singularsuccession in Forderungen sein soll.

Diese Schriftsteller hielten, wie daraus hervorgeht, dass sie den juristischen Uebergang der Inhaberpapiere nach obligationenrechtlichen Grundsätzen beurtheilt wissen wollten, im Allgemeinen daran fest, dass das Forderungsrecht die Wesenheit des Inhaberpapiers ausmache und seinen Hauptbestandtheil bilde. Die Inhaberpapiere bewegen sich auch noch nach ihnen auf dem Gebiete des Obligationenrechts, so dass die Haftpflicht des Verkäufers von ihrem Standpunkte aus nicht anders als nach den Regeln des Forderungskaufs zu behandeln ist.[17])

Die Frage, in welcher Weise man sich bei Inhaberpapieren den Uebergang der Forderung zu denken habe, ob durch Cession, Novation oder Delegation, wurde übrigens, wie nebenbei bemerkt werden mag, hauptsächlich, ja wohl ausschliesslich mit Rücksicht auf das Verhältniss zwischen dem Aussteller und den einzelnen Papierinhabern erörtert, um danach die Verbindlichkeiten dieser beiden Parteien untereinander zu bemessen und den Klagegrund

[15]) a. a. O. S. 111 fg.

[16]) Beitrag zur Theorie der Obligationen auf den Inhaber, in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 14 S. 315—366.

[17]) Dass Kuntze trotzdem die Haftpflicht so construirt, als ob das Papier Gegenstand des Kaufs sei, ist mit seinem hinsichtlich des Uebergangs aufgestellten Princip nicht vereinbar.

des späteren Nehmers gegen den Aussteller des Papiers festzustellen. Das Verhältniss zwischen den successiven Nehmern des Papiers, woraus die Beantwortung unserer Frage herzuleiten ist, wurde dabei weniger in Betracht gezogen.

In den letzten Jahrzehnten hat sich nun eine entgegengesetzte Theorie, welche die Inhaberpapiere mehr dem Sachenrecht unterstellt, geltend gemacht und immer mehr Anhänger verschafft.[18])

Die erste Anregung hierzu hatte wohl Savigny gegeben, indem er von einer „Verkörperung" der Forderung in dem Papier sprach, obgleich er selbst dem Papier eine weitere als beweisrechtliche Funktion nicht zuerkannte. Vornehmlich aber war es Kuntze's Creationstheorie, welche auf das sachenrechtliche Gebiet hinüberleitete. Indem diese Theorie die bis dahin nicht angezweifelte Ansicht verwarf, dass die Inhaberforderung aus einem Vertrag entstehe, vielmehr in der Ausfertignng der Urkunde den Entstehungsakt der Obligation sah, theilte sie dem an sich werthlosen Stück Papier eine Rolle zu, welche es bis dahin nicht besessen hatte. Der einseitige Verpflichtungswille des Papier-Creators existirte nur in dem Papier, er war sonst nirgends vorhanden, und wer das Papier hatte, hatte auch den Schuldnerwillen des Gläubigers, mithin das Forderungsrecht selbst.

Nachdem so die Grundlage für die innige Verschmelzung des Papiers und des Forderungsrechts gegeben war, konnte die weitere Entwickelung dahin nicht ausbleiben, dass man die Obligation immer mehr in dem Papier aufgehen liess und diesem die Hauptrolle zutheilte. Hierzu trug der Umstand nicht wenig bei, dass der Verkehr mit Inhaberpapieren sich äusserlich in den Formen des Sachenrechts bewegt, dass die Inhaberpapiere wie körperliche Sachen gehandelt werden, während dabei die Forde-

[18]) Im Jahre 1859 konnte Goldschmidt, Der Lucca-Pistoja-Actien Streit S. 63, noch sagen, dass in vereinzelten Fällen die Behauptung aufgestellt worden sei, die Veräusserung von Inhaberpapieren sei nach den Grundsätzen des Sachenkaufs zu behandeln.

rung selbst gar nicht in Betracht kommt[19]) und mit dem Uebergang des Papiers sich ohne Weiteres auch der Uebergang des Forderungsrechts vollzieht. So hat sich denn allmählich eine Ansicht gebildet, welche die Anwendung des Sachenrechts auf unser Gebiet voll und ganz zur Geltung gebracht wissen will und die obligatorische Bedeutung dieser Papiere vollständig in den Hintergrund treten lässt.[20]) Die Forderung aus dem Papier erscheint nur als eine Eigenschaft des Papiers, als das Element, welches dem Papier den Werth verleiht, ohne aber mit diesem auf eine Stufe gestellt zu werden. Der Uebergang des Papiers und damit der Forderung erfolgt nach dieser Auffassung durch Tradition, dieses Wort im streng juristisch-technischen Sinn genommen, wie jede andere Sache. Das Inhaberpapier ist jeder res corporalis gleich. Von den Vertretern dieser Ansicht wird aus ihr auch die Consequenz für unsere Frage gezogen und man verhaftet den Verkäufer von Inhaberpapieren durchaus nach den Grundsätzen des Sachenkaufs. Am schroffsten ist dies wohl bei Bluntschli-Dahn[21]) ausgesprochen, welcher so weit geht, den Verkäufer eines Werthpapiers in analoger Weise für die Güte desselben zu verhaften wie bei dem Verkauf von Waaren. Auch Hasenöhrl[22]) bringt

[19]) Bei der wichtigsten und zahlreichsten Klasse der Inhaberpapiere, den Staatspapieren, tritt wegen ihrer Unkündbarkeit das Forderungsrecht so sehr in den Hintergrund, dass es nur noch einen imaginären Werth hat.

[20]) So sagt u. A. v. Gerber in seinem System des Deutschen Privatrechts 1886 S. 299: „Die Schuldurkunde ist der verkörperte Wille des Schuldners, der nur in ihr vorhanden ist. An das Dasein des Papiers knüpft sich demnach das Dasein der Obligation selbst. Dies hat nun die eigenthümliche Wirkung, dass die juristischen Vorgänge, welche den Verkehr mit solchen Forderungen betreffen, einen sachenrechtlichen Charakter annehmen. Das Stück Papier ist das Objekt aller Rechtsgeschäfte, während die Function desselben als forderungsberechtigendes Moment dabei wie eine secundäre Erscheinung zunächst ausser Ansatz bleibt. Uebertragung der Forderung ist daher nicht Cession, sondern Tradition der Urkunde.«

[21]) Deutsches Privatrecht § 163 S. 506.

[22]) a. a. O. S. 71.

durchaus die Grundsätze über Sachleistungen zur Anwendung. Hanausek, welcher bis jetzt unsere Frage am ausführlichsten behandelt hat, erklärt zwar, dass jede Veräusserung des Werthpapiers, gleichviel ob Rekta, Ordre- oder Inhaberpapier, zugleich eine Disposition über das beurkundende Papier und eine Disposition über das beurkundete Recht enthalte und sucht so jedem der beiden in dem Inhaberpapier vertretenen Elemente zu seinem Rechte zu verhelfen, construirt jedoch die Haftung des Verkäufers derart, dass auch bei ihm als Gegenstand des Kaufs vorwiegend nur das Papier erscheint.

Diese Theorie, welche unsere Frage nach sachenrechtlichen Grundsätzen behandelt, ergiebt zwar im Ganzen befriedigende Resultate; sie gestaltet sich verhältnissmässig einfach und vermeidet mancherlei Schwierigkeiten. Es ist dies leicht erklärlich, da die Grundsätze der Haftpflicht beim Sachenkauf, in der Praxis am meisten vorkommend, in den Quellen und in der Wissenschaft sehr ausführlich behandelt und uns deshalb sehr geläufig sind, so dass die Resultate, welche auf ihrer Grundlage gewonnen werden, im Allgemeinen leicht befriedigen. Indess dürfen wir doch in der leichten Anwendbarkeit einer Theorie und der glücklichen Ueberwindung der Schwierigkeiten einer Materie durch dieselbe nicht ohne Weiteres den Beweis ihrer Richtigkeit sehen.[23]) Die Wissenschaft als solche kann sich nicht damit zufrieden geben, Resultate zu erzielen, die, allgemein zur Anwendung gebracht, einer gewissen ausgleichenden Gerechtigkeit nicht entbehren, sondern sie muss bestrebt sein, ihre Schlüsse aus Prämissen zu ziehen, die der Natur der Dinge entsprechen.

Diesen Erfordernissen genügt aber nicht die sachenrechtliche Behandlung der Inhaberpapiere. Der Grundgedanke derselben ist hinsichtlich unserer Frage die Behandlung der Inhaberpapiere als körperliche Sachen. „Sache“ ist aber jedes Stück der nicht menschlichen Natur, soweit sie zu menschlichen Zwecken nutzbar

[23]) Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 13 S. 345.

gemacht werden kann. Jede Sache, welche Gegenstand des Verkehrs ist, hat einen Werth, welchen sie in sich selber trägt, sie wird nur um ihrer selbst willen genommen und gegeben. Mag auch die Werthschätzung der einzelnen Sache zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten erheblich von einander abweichen, mögen gewisse Sachen nur als Tauschmittel, also zunächst nicht wegen ihres eigenen inneren Werthes in Betracht kommen, ja mag mancher Sache unter bestimmten Verhältnissen ein Werth überhaupt nicht beigelegt werden, der Endzweck, zu dem eine Sache in den Verkehr kommt, liegt stets in ihr selbst. In der Sache ist der Werth selbst unmittelbar gegenwärtig, Sache und Werth sind unlösbar mit einander verbunden. Hierdurch unterscheiden sich aber die Sachen wesentlich von den Inhaberpapieren. Der Werth dieser besteht nur in der Zahlungspflicht des Schuldners, in der Realisirung der Forderung, also in einem dritten, ausserhalb des Papiers liegenden und diesem als solchen fremden Elemente, er ist also kein Sachwerth; das Papier, die Sache, ist durchaus werthlos.[24]) Wenn die Inhaberpapiere auch nach Art der Sachen einen Markt- oder Börsenpreis haben, ihr Werth also wie bei den Sachen sich zeitweise höher oder niedriger stellt, so hängt dies doch nur von der mehr oder minder grossen Güte der in dem Papier verbrieften Forderung, von dem Vertrauen, welches man im Verkehr in die Zahlungsfähigkeit und Redlichkeit des Papier-Ausstellers setzt, sowie von der Höhe der versprochenen Zinsen u. s. w. ab, also von ausserhalb des Papiers liegenden Gründen. Das Papier hat seinen Werth in der Haftung und dem Credit des Schuldners, trägt ihn also nicht in sich, wie der objective Werth einer Sache in dieser verkörpert ist. Sachen sind materielle Werthträger, Inhaberpapiere aber nur Werthzeichen, ihr Werth ist die Forderung. Das Papier zur Hauptsache machen und den Kauf

[24]) Von den theoretisch denkbaren Ausnahmefällen, wo ein Inhaberpapier vielleicht als Autograph geschätzt wird, kann hier abgesehen werden.

eines Inhaberpapiers als Sachenkauf ansehen, heisst m. E. der äusseren Erscheinung eines Rechtsinstituts einen ungerechtfertigten Einfluss auf seine civilistische Construction einräumen. Stobbe,[25]) selbst ein Anhänger der sachenrechtlichen Theorie, gebraucht, um seinen Satz, »das Inhaberpapier sei eine Sache, ein Werthobjekt« zu begründen, den Vergleich mit einem werthlosen Futteral, das ein kostbares Geschmeide enthält. Spricht nicht aber dieser Vergleich gerade gegen die sachenrechtliche Theorie? Wird das werthlose Futteral je dadurch zum Werthobjekt, dass es einen kostbaren Schmuck trägt? Niemals. Es ist und bleibt Pertinenz des Schmuckes, und man wird nie sagen, man habe ein Futteral gekauft und den ganzen Kauf als einen Futteral-Kauf ansehen. Aehnliches thut man aber, wenn man den Inhaberpapierkauf als Sachenkauf ansieht. In den Inhaberpapieren haben die Forderungen eine sinnliche, körperliche Form angenommen, welche den Handel mit ihnen in der leichten Form des Sachenhandels ermöglicht; dadurch sind sie den Sachen zwar ähnlich geworden, allein das Wesen der Inhaberpapiere bleibt doch stets die Forderung.

Gegen die sachenrechtliche Theorie, insofern sie die Forderung ganz in dem Papier aufgehen lässt, spricht aber auch das bei einer grossen Zahl von Inhaberpapieren jetzt fast allgemein zugelassene Institut der Amortisation. Wenn ich auch zugeben will, dass das Institut hauptsächlich auf Zweckmässigkeitsgründen beruht, so wäre doch eine Amortisirung ganz undenkbar, wenn man die Inhaberforderung so in dem Papier sich verkörpert denkt, wie den Werth einer Sache in dieser.

Auch wenn wir auf die Entstehungsgeschichte der Inhaberpapiere zurückgehen, erkennen wir, dass zwischen dem Inhaberpapier und Namenpapier kein wesentlicher Unterschied besteht, d. h. dass bei jenem die Forderung ebenso sehr etwas für sich Bestehendes ist, wie bei diesem, und dass im Verkehr bei Beiden die

[25]) a. a. O. S. 204.

Forderung das principale bildet, während das Papier nur als accessorium erscheint. Zunächt fügte man der einfachen Schuldurkunde die Inhaberklausel bei und schuf so das unvollkommene Inhaberpapier, dessen obligationenrechtliche Behandlung wohl nirgends angefochten wird. Sollte nun die Weglassung des Namens des ersten Nehmers, also die Umgestaltung zum vollkommenen Inhaberpapier die Wesenheit des ganzen Instituts geändert haben? Ich glaube nicht. Nur die Form des Entstehens und des Uebergangs ist einfacher, leichter gestaltet, aber der Grundcharakter ist geblieben.

Zudem kann die sachenrechtliche Theorie ihren Grundsatz doch nicht voll zur Durchführung bringen, denn sie ist gezwungen, auf das obligationenrechtliche Gebiet zurückzukehren, sobald es sich um die Erreichung des Zwecks der Inhaberpapiere, um die Geltendmachung der Inhaberforderung handelt, wenn anders sie nicht etwa so einseitig wie Bluntschli-Dahn vorgehen will, in welchem Falle dann aber die Unhaltbarkeit der Theorie ohne Weiteres einleuchtet. Die Consequenz von Bluntschli-Dahn hat deshalb auch Hanausek [26]) nicht zu ziehen gewagt, sondern er kehrt in diesem Punkte zur Lehre über die Haftpflicht des Cedenten zurück. Er erklärt sich gegen Bluntschli-Dahn und hebt hervor, dass bei Beurtheilung der Frage, ob der Verkäufer im Falle der Nichterfüllung der Forderung aus dem Werthpapier dem Käufer haftbar sei, die besonderen für die Haftung des Verkäufers für Sachmängel geltenden Grundsätze ebenso ausser Betracht zu bleiben hätten, wie die Bestimmungen über Nichtigkeit eines Vertrags wegen error in substantia.

Nach alledem halte ich es für unrichtig, das in dem Papier beurkundete Recht, wie es die sachenrechtliche Theorie thut, nur als eine rechtliche Eigenschaft der Sache zu behandeln und daraus Folgerungen zu ziehen.

Die sachenrechtliche Theorie liesse sich m. E. nur vom Stand-

---

[26]) a. a. O. S. 392.

punkte der Ihering'schen Theorie aus rechtfertigen,[27]) wonach bis zur Präsentation des Inhaberpapiers eine Obligation überhaupt nicht besteht, vielmehr das Papier dem Inhaber nur die Möglichkeit gewähren soll, durch eine in seinem Belieben stehende Handlung, die Präsentation, Gläubiger zu werden. Bei dem Umlauf des Papiers ist also eine Forderung überhaupt nicht vorhanden, bis zur Präsentation besteht das Inhaberpapier überhaupt nur aus einem Element. Diese geistvolle Theorie Ihering's hat indess bis jetzt wenig Anhänger gefunden und ich vermag derselben auch nicht beizutreten.

Dieser meiner Ansicht von der Unzulässigkeit der sachenrechtlichen Behandlung der Inhaberpapiere steht natürlich nicht entgegen, dass man die Inhaberpapiere als Waare bezeichnet, denn die Begriffe „Waare" und „Sache" decken sich nicht. „Waare" können alle Güter sein, welche des Umsatzes natürlich und rechtlich fähig sind, nicht ausschliesslich Sachgüter. Dass Forderungen Güter sind und zwar unkörperliche, ist nicht zu bezweifeln, und sie werden deshalb überall da als „Waare" anzusehen sein, wo sie in urkundlicher Form erscheinen.[28]) Die Natur der Inhaberpapiere als „Waare" kommt indess für unsere Frage nicht in Betracht. Immerhin mag der Umstand, dass man nicht streng genug zwischen „Sache" und „Waare" schied und beide Begriffe identificirte, zu nicht geringem Theil zur sachenrechtlichen Behandlung Anlass gegeben haben.

Da, wie bereits hervorgehoben, über die Natur der Inhaberpapiere grosser Streit herrscht, so scheint es nicht empfehlenswerth, unsere Frage auf eine der bisherigen Theorien ausschliesslich aufzubauen, da sofort der Widerspruch der Gegner der zu Grunde gelegten Theorie rege werden würde. Auch lässt sich m. E. die

[27]) Gerber's und Ihering's Jahrb. für Dogmatik etc. Bd. 1 S. 49 A. 20 und Bd. 10 S. 446. So auch (früher) Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 3 S. 275 und 276, und Förster, Theorie und Praxis des Pr. Privatrechts 1887 Bd. 1 § 64 S. 374 Anmerk. 15.

[28]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 1883 Bd. 2 § 60; auch Reichsgericht Bd. 26 S. 44 und 45.

Frage ohne Rücksicht auf die verschiedenen Theorien, und vielleicht so in zweckmässigster und befriedigendster Weise beantworten. Man wird dabei von da auszugehen haben, wo noch Einigkeit der Ansichten herrscht. Diese Einigkeit besteht darin, dass das Inhaberpapier ursprünglich aus zwei Elementen, dem Papier als dem sachlichen und der Forderung als dem ideellen Moment zusammengesetzt ist. Nach meiner Ansicht hat nun die dogmatisch-rechtliche Behandlung unserer Frage davon auszugehen, dass diese beiden Elemente, deren organische Vereinigung der Wissenschaft bis jetzt nicht gelungen ist, getrennt von einander behandelt werden, und dass da, wo es sich um das sachenrechtliche Element handelt, die Grundsätze des Sachenkaufs, da, wo es sich um das ideelle Element handelt, die des Forderungskaufs anzuwenden sind. Ich sehe also Beides, Papier und Forderung, als Objekte des Kaufs an, die zwar nicht jedes für sich Gegenstand eines Kaufs bilden, aber doch in gewissem Sinne selbständig einander gegenüber stehen, wie Futteral und Geschmeide. Ob ein solches Auseinanderreissen der beiden Elemente zulässig ist? Ich sehe keinen Grund, der dem entgegenstände. Unterscheidet man doch auch bei res corporales zwischen Sachmängeln und rechtlichen Mängeln und unterwirft jene anderen Rechtsgrundsätzen, z. B. dem Edikt der curulischen Aedilen, als diese.

Dass dem Papier nach meiner Auffassung eine grössere Bedeutung beigelegt wird, als bei Beweisurkunden, ist durchaus gerechtfertigt, denn das Recht aus dem Papier ist, wie Niemand leugnen kann, hier in ganz besonders enger Weise an das Papier geknüpft, so dass, wie Hanausek[29]) sich zutreffend ausdrückt, „ein Mangel der Urkunde als solchen, d. h. des Papiers als solchen oder der Scriptur als solchen, eventuell nicht blos die Beweisbarkeit des beurkundeten Rechts erschwert oder hindert, sondern auch unter Um-

[29]) a. a. O. S. 367.

ständen seinen Umfang schmälert oder dessen Existenz in Frage stellt."

Auf vorstehend dargelegter Grundlage werden wir nun die einzelnen Regressfälle näher zu besprechen haben.

III.

Verkauf von unechten, formwidrigen und daher ungültigen, ausbezahlten, von einem Handlungsunfähigen und ohne staatliche Genehmigung ausgestellten Inhaberpapieren.

Nachdem wir festgestellt haben, dass auf den Verkauf der Inhaberpapiere, soweit das in ihnen beurkundete Recht in Frage kommt, die Grundsätze über den Forderungskauf in Anwendung zu bringen sind, wird es zunächst unsere Aufgabe sein, diese Grundsätze näher ins Auge zu fassen. Auf diesem Gebiete ist nun im römischen Recht die Ausbeute eine spärliche, wohl aus dem Grunde, weil man in Rom den Verkehr mit Forderungen wenig begünstigte. Für unsere Frage kommen hauptsächlich folgende Quellenstellen in Betracht:

l. l. 4 und 5 D. de her. vel act. vend. 18,4: Si nomen sit distractum, Celsus lib. IX. Digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere praestare; debitorem autem esse, praestare, nisi aliud convenit, et quidem sine exceptione, nisi in contrarium actum sit. Sed, si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor, si incertae, et nihil debeat, quanti intersit emptoris.

l. 74 § 3 D. de evict, 21,2: Qui nomen, quale fuit, vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur.

Aus diesen Stellen geht nun zunächst hervor, dass die römischen Juristen, wohl auf die Autorität des Celsus hin, abweichend vom Verkauf einer nicht existirenden Sache und einer nicht existirenden Erbschaft,[30]) selbst auch von dem Vermächtniss einer

[30]) Die Nichtigkeit des Verkaufs einer körperlichen Sache oder einer Erbschaft wegen Nichtexistenz des Objekts geht aus folgenden Stellen hervor: l. 1 § 9 D. de obl. et act. 44,7; l. 15 pr. l. 57 pr. D. de contr. emt. 18,1; l. l. 1,7 D. de her. vel act. vend. 18,4.

nicht existirenden Forderung[31]) den Verkauf einer nicht existirenden Forderung, der die ipso jure (durch Zahlung, Acceptation u. s. w.) aufgehobene Forderung gleichzustellen ist, für gültig angesehen haben.[31a]) Denn die l. 74 D. cit. verpflichtet den Verkäufer einer Forderung ausdrücklich, für die Existenz der Forderung — ut sit — oder, wie man sich auszudrücken pflegt, für die Wahrheit der Forderung, nomen verum esse, aufzukommen, d. h. dem Käufer das Interesse an der Erfüllung zu prästiren. Der Verkäufer hat danach dem Käufer das Forderungsrecht und die Möglichkeit der juristischen Realisirung derselben zu verschaffen, ebenso wie der Verkäufer einer res corporalis für das habere licere einzustehen hat. Dies setzt aber einen gültigen Kauf voraus. Und in der l. 5 D. cit. wird der richtigen Auslegung nach[32]) der Fall der Nichtexistenz der Forderung dem Fall, da diese durch exceptio entkräftet ist, hinsichtlich der Haftpflicht des Verkäufers gleichgestellt. Dass aber in letzterem Falle, der Entkräftung der Forderung ope exceptionis, der Kauf gültig ist, unterliegt keinem Zweifel, da es hier an jedem Grunde fehlt, auf welchen die Nichtigkeit gestützt werden könnte. Denn bei dem Verkauf einer Forderung, der eine Einrede entgegensteht, mangelt es keineswegs an dem Vertragsobjekt, worauf man sonst nach dem

---

[31]) l. 75 §§ 1 u. 2 D. de leg. I.

[31a]) Vgl. über diese Frage: Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. 1 S. 134; Ihering, Jahrb. für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 4 S. 69 fg.; Windscheid, Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft. Bd. 2 S. 117 fg.; Brinz, Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 5 S. 296 fg.; Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen 1840, II. S. 287; Bechmann, der Kauf, S. 438 fg.; Römer, die Leistung an Zahlungsstatt S. 101 fg.; Schliemann, die Haftung des Cedenten S. 64 fg.; Wächter, Pandekten §§ 193, 205; Thöl, Handelsrecht § 120; Hartmann, die Obligation, S. 178 fg.; Heuser, Annalen Bd. 20 S. 252; Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 16 S. 445 fg.; Schmid, Grundlehren der Cession Bd. 2 S. 139; Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 8 S. 107 fg.; Entsch. des Ob.-Trib. Berlin Bd. 73 S. 47.

[32]) Römer a. a. O. S. 100.

Grundsatz: nec emtio nec venditio sine re, quae veneat potest intelligi [33]) die Nichtigkeit gründet. Eine solche Forderung existirt, nur ihre Wirksamkeit und rechtliche Realisirbarkeit ist gehemmt. Brinz [34]) leugnet, dass zwischen beiden Forderungen, der nicht existirenden und der ope exceptionis entkräftbaren ein wesentlicher Unterschied bestehe. Für die Brinz'sche Ansicht könnte man allerdings geltend machen, dass beide Klassen von Forderungen auch in den Quellen gleich behandelt werden. So sagt die l. 112 D. de div. reg. j. ant. 50,17: nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur; l. 66 D. cit.: desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem, und l. 55 D. de verb. sign. 50,16: creditor autem is est, qui exceptione perpetua summoveri non potest. Diese Stellen werden wir indess nur dahin zu verstehen haben, dass die in ihrer rechtlichen Wirksamkeit gehinderte Forderung bezüglich gewisser rechtlicher Folgen der untergegangenen Forderung gleichsteht; keineswegs aber sollen diese Sätze, denen ja ohnedies schon mit Rücksicht auf die Stelle, wo sie in den Pandekten aufgeführt sind, nur eine allgemeinere Bedeutung zukommt, das Wesen beider Arten erklären. Der Unterschied besteht darin, dass die ope exceptionis entkräftbare Forderung im vollen Umfange wieder wirksam wird, wenn derjenige, dem die Einrede zusteht, auf dieselbe verzichtet oder der Gläubiger eine Gegeneinrede erwirbt, während die untergegangene Forderung nicht wieder aufleben kann. Es ist dies im Grunde genommen auch Brinz nicht entgangen, da er von einer ope exceptionis unwirksamen Forderung spricht. Die Forderung ist unwirksam, aber sie existirt und ihre Unwirksamkeit kann gehoben werden.

---

[33]) l. 8 pr. D. de contr. emt. 18,1.

[34]) a. a. O.; derselben Ansicht scheint Unterholzner zu sein; er sagt a. a. O.: Wenn keine Schuldforderung vorhanden ist, oder, was dasselbe ist, die Schuldforderung wegen einer entgegenstehenden Einrede nicht geltend gemacht werden kann.

Schliemann[35]) behauptet im Gegensatz zu der vorstehend dargelegten Auffassung Nichtigkeit der emtio venditio einer nicht zur Existenz gekommenen und einer ipso jure aufgehobenen Forderung wegen Nichtexistenz des Objekts, indem er den Verkauf einer körperlichen Sache und einer Forderung unter gleiche Rechtsregeln stellt. Schliemann hat indess Gründe für seine Auffassung nicht beigebracht und die obenbezeichneten Quellenstellen stehen ihr entgegen. Auch hat die Schliemann'sche Ansicht wenig Anhänger gefunden.

Es lässt sich nun nicht leugnen, dass die Leistung einer nicht existirenden Forderung ebenso unmöglich ist, wie die Leistung einer nicht existirenden Sache, und wir werden deshalb zu fragen haben, warum die römischen Juristen die emtio venditio einer solchen Forderung als gültig angesehen, dagegen von dem Verkauf einer nicht existirenden Sache das Gegentheil angenommen haben.

In dieser Hinsicht liegen verschiedene Erklärungsgründe vor. Mommsen a. a. O. bezeichnet die vom Römischen Recht angenommene Gültigkeit des Verkaufs einer nicht existirenden Forderung als eine »Ausnahme« von der Regel: impossibilium nulla obligatio, auf welche er die Nichtigkeit des Verkaufs einer nicht existirenden res corporalis gründet, und führt sie auf Zweckmässigkeitsgründe zurück. Unmöglichkeit der Erfüllung, so führt Mommsen aus, liege nur vor, wenn die Forderung nicht existire oder zu existiren aufgehört habe, nicht aber bei der mit einer Exception behafteten Forderung. Da nun aber eine Unterscheidung zwischen beiden Arten von Forderungen in der Praxis leicht zu Unzuträglichkeiten geführt hätte, so seien die römischen Juristen von der konsequenten Durchführung des Grundsatzes abgewichen und hätten allgemein Gültigkeit angenommen. Auf die von Hartmann[36]) gegen die Ausfüh-

[35]) a. a. O. S. 64.
[36]) a. a. O. S. 180.

rungen Mommsen's aufgeworfene Frage, warum denn die römischen Juristen, wenn sie so argumentirt hätten, nicht vielmehr von dem Grundfalle aus, wo die Forderung ipso jure fehle, zur Annahme einer allgemeinen Nichtigkeit des Kaufs auch bei ope exceptionis entkräftbaren Forderungen gekommen seien, ist freilich zu antworten, dass die Tendenz des römischen Rechts dahin gegangen ist, abgeschlossene Verträge thunlichst für bündig anzusehen, und dass auch die Sicherheit des Verkehrs dies Erforderniss aufstellt. Ebenso wenig vermag ich, wie bereits hervorgehoben, Brinz beizutreten, welcher gegen Mommsen polemisirt, indem er den von letzterem hervorgehobenen Unterschied zwischen beiden Klassen von Forderungen leugnet. Indess kann ich mich doch auch dem Mommsen'schen Erklärungsgrund nicht anschliessen. Denn nach meiner Ansicht wäre ein so äusserer Grund, wie Mommsen ihn anführt, für die römischen Juristen wohl nicht entscheidend gewesen. Auch ist nicht recht abzusehen, worin die von Mommsen betonte Schwierigkeit der Unterscheidung liegen soll.

Bechmann a. a. O. sucht, wohl in Anlehnung an die Worte des Paulus l. 5 D. de contr. emt. 18, 1, welche die Gültigkeit des Kaufs eines freien Menschen mit den Worten begründen, quia difficile dignosci potest liber homo a servo, die Erklärung darin, dass der Käufer hier regelmässig keine Möglichkeit habe, sich von der Existenz der Forderung in so leichter Weise wie bei körperlichen Waaren zu überzeugen.[37]) Da das Objekt, die Forderung, in der rechtlichen Beziehung des Verkäufers zu einem dritten bestehe, so bleibe dem Käufer nichts übrig, als sich auf die Angaben des Verkäufers zu verlassen, denn die Erkundigung sei theils unthunlich, theils unzuverlässig. Auch die von Bechmann aufgestellte Theorie scheint mir der ausreichenden Begründung zu entbehren. Wenn in l. 5 D. de contr. emt. 18, 1 die Gültigkeit der emtio venditio eines freien Menschen vom Juristen auf einen ähnlichen

[37]) Diesen Grund erwähnt auch Hartmann a. a. O. S. 181.

äusseren Grund zurückgeführt wird, so hat dies wohl seinen Erklärungsgrund darin, dass man es beim Sklavenhandel mit einer Klasse von Leuten zu thun hatte, bei denen eine strengere Haftung, wie sie durch die Gültigkeit des Kaufvertrags bedingt wurde, angezeigt erschien, ähnlich wie die aussergewöhnlich strenge Haftung der nautae, caupones, stabularii aus dem receptum mit der Verworfenheit dieser Leute begründet wird.[38]) Bei dem Verkauf von Forderungen lag aber ein solcher Grund nicht vor und es erscheint mir auch nicht angänglich, einen solchen als ausschlaggebend für die römischen Juristen anzusehen. Das von Bechmann hervorgehobene Verhältniss besteht im Uebrigen ebenso bei körperlichen Sachen, deren Existenz sich wohl ebenfalls in vielen Fällen nicht ohne Weiteres feststellen lässt.

Hartmann a. a. O., welcher es versucht hat, das Zweckmoment in den Begriff der Obligation einzuführen, sucht dieses Moment auch für die vorliegende Frage zu verwerthen. Da nach ihm die Obligation nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Erreichung des bestimmt individualisirten, ihr eigenthümlichen sachlichen Endzwecks ist, welcher Ansicht ich im Uebrigen beistimme, so sei, wie Hartmann meint, wohl die Annahme möglich, dass es beim Forderungskauf im letzten Grunde auf Ueberleitung und Herstellung des bestimmten Obligationserfolges als solchen in der Person des Käufers abgesehen war. Auch wenn die verkaufte Obligation nicht wirklich bestehe, so könne doch der im Sinne liegende Erfolg auf anderem Wege hergestellt werden. Dies ist zwar richtig, indess kann ich darin keinen Erklärungsgrund für die verschiedene Behandlungsweise sehen.

Windscheid a. a. O. verwirft die Gleichstellung des Kaufvertrags einer nicht existirenden Forderung mit einer nicht existirenden Sache, will vielmehr einen derartigen Kauf mit dem Kauf einer Sache, deren Eigenthümer der Verkäufer nicht ist, auf die

[38]) l. 1 § 1 D. nautae caup. 4, 9.

gleiche Stufe gestellt wissen. Der Grund, weswegen beim Verkauf einer nicht existirenden Forderung der Verkäufer nicht liefern kann, ist nach Windscheid lediglich der Mangel seines Rechts, nicht die Unmöglichkeit der Existenz seines Rechts, weder eine juristische noch eine physische. Brinz führt den Grundgedanken Windscheid's weiter aus. Er unterscheidet zwischen dem subjektiven Haben und dem objektiven Sein. Nach strengförmlichem Rechte seien aber Nichthaben und Nichtsein zusammengefallen und so habe ein Fall vorgelegen, in welchem keine Consequenz zu einer bestimmten Entscheidung gedrängt habe und mehr die Freiheit als die Gesetzmässigkeit des Rechts hervorgetreten sei. Dass man aber das Nichthaben betont und Gültigkeit des Vertrags angenommen habe, lasse sich wohl aus der allgemeinen Neigung herleiten, Geschäfte lieber für geschehen als für ungeschehen zu erklären.

Den Grundgedanken von Windscheid und Brinz, dass der Verkauf einer nicht existenten Forderung gültig sei, weil es dem Verkäufer am Rechte fehle, halte ich für den richtigen, doch vermag ich mich den weiteren Ausführungen, insbesondere von Brinz, nicht anzuschliessen. M. E. führen folgende Erwägungen auf den richtigen Weg.

Das römische Recht nahm nur dann Nichtigkeit des Sachenkaufs an, wenn das Vertragsobjekt in rerum natura, d. h. in der körperlichen Welt nicht existirte, sei es, dass es überhaupt nicht zur Existenz gekommen, sei es, dass es untergegangen war. Die Gültigkeit eines solchen Vertrags, dessen Zweck niemals hätte erreicht werden können und bei welchem an Stelle des Vertragsobjekts stets ein Aequivalent hätte treten müssen, was ja niemals in dem Willen der Contrahenten liegt, sondern nur ein von der Rechtsordnung eingeführter Nothbehelf ist, wäre contra naturalem rationem gewesen. Anders dagegen, wenn der Verkauf propter vitium in jure auctoris nicht erfüllbar war oder die bereits tradirte Sache dem Käufer wieder abgenommen wurde. Hier war der Vertrag gültig. Demgemäss haben wir beim Sachenkauf zwei

Elemente zu unterscheiden, das körperliche Element, den eigentlichen Vertragsgegenstand, und das unkörperliche, d. h. rechtliche Element auf Seiten des Verkäufers. Das Fehlen des körperlichen Elements bewirkt Nichtigkeit, das Fehlen des rechtlichen Elements dagegen ist ohne Einfluss auf die Gültigkeit des Vertrags.

Die Forderung (obligatio) stellt sich nun lediglich als das Recht auf die Leistung eines Dritten dar, wobei es zunächst auf den Gegenstand des Rechts, d. h. auf den Leistungsinhalt nicht ankommt. Beim Forderungskauf kaufen wir nicht den in obligatione befindlichen Gegenstand, wie beim Kauf eines Pferdes das Pferd, sondern nur das Recht, die Forderung gegenüber dem Schuldner geltend zu machen. Folglich haben wir beim Forderungskauf nur ein Element, das rechtliche, während das körperliche fehlt. Gehen wir von dieser Auffassung aus, so leuchtet ohne Weiteres ein, dass es nur eine konsequente Durchführung der Anschauung des römischen Rechts war und dem Rechtssystem vollkommen entsprach, wenn der Kauf einer nicht existirenden Forderung als gültig angesehen oder, mit anderen Worten, der Haftung für das habere licere beim Sachenkauf die Haftung für das juristische Ausübendürfen des Forderungsrechts gleichgestellt wurde.

Für unsere Anschauung, dass die Nichtexistenz der verkauften Forderung von den römischen Juristen als ein rechtlicher Mangel angesehen wurde, ebenso wie der Mangel des Eigenthumsrechts beim Sachenkauf dürfte auch der Umstand sprechen, dass die Haftung des Verkäufers einer nicht existenten Forderung in dem Pandektentitel über die Entwährung abgehandelt wird.

Die von Brinz vertretene Auffassung, dass zwischen Nichthaben und Nichtsein zu unterscheiden sei, beruht auf einer von den körperlichen Sachen auf die Forderungen übertragenen Anschauungsweise, die aber dem Wesen der Forderungen widerspricht. Ich leugne die Realität der Forderung, die wir uns etwa nach Art der platonischen Ideen zu denken hätten, und bin der Ansicht, dass die Forderung weiter nichts ist als ein Recht des Gläubigers, vom

Schuldner eine Leistung zu fordern, und dass sich dieses Recht nicht specifisch vom Eigenthumsrecht unterscheidet, so weit die Wirkung des letzteren Dritten gegenüber in Betracht kommt.

Nachdem ich nunmehr aus den oben angeführten Quellenstellen die Gültigkeit des Verkaufs einer nicht existenten Forderung hergeleitet habe, bleibt noch übrig, aus denselben den Umfang der Haftung des Verkäufers zu bestimmen.

Schliemann bezieht die obigen Stellen überhaupt nicht auf die Haftpflicht des Verkäufers bei dem Verkaufe einer nicht existirenden und einer ipso jure aufgehobenen Forderung, indem er, wie bemerkt, derartige Verträge als nichtig ansieht. Er beseitigt damit für solche Fälle jede kontraktliche Haftung des Verkäufers und giebt folgerichtig dem Käufer, welcher schon geleistet hat, nach l. 23 D. de contr. emt. 18, 1 eine condictio (causa data causa non secuta) des Gezahlten.

Dieser Gestaltung der Haftung bezüglich der nicht zur Existenz gekommenen oder untergegangenen Forderung kann ich natürlich nicht beitreten, weil ich den Verkauf einer nicht existenten Forderung gegenüber der Ansicht von Schliemann nicht für nichtig ansehe. Nach meiner Ansicht bezieht sich die l. 5 D. de her. vel act. vend. 18, 4 mit Rücksicht auf die Verbindung, in welche sie mit l. 4 ebendaselbst gebracht ist, sowohl auf den Fall, dass die Forderung nicht existirt, als auf den, dass ihr eine exceptio entgegensteht, und ich bestimme demgemäss für beide Fälle die Haftpflicht nach den Grundsätzen der Eviction.[39]) Der Käufer muss wegen der synallagmatischen Natur des Kaufes den Kaufpreis zahlen und fordert dafür sein Erfüllungsinteresse, welches sich nach Voraussetzung und Umfang durch die Grundsätze der Eviction bestimmt, soweit diese der Natur der

[39]) Ich komme also zu demselben Resultat, wie Goldschmidt, wenn er sagt: Die Prinzipien, nach welchen der Kauf von Forderungen beurtheilt wird, beruhen wesentlich auf einer Uebertragung der Evictionstheorie von Uebereignungsgeschäften für Sachen auf solche für Forderungen. Der Lucca-Pistoja-Aktien-Streit S. 61.

Sache nach auf den Forderungskauf Anwendung finden. Von den Voraussetzungen der actio ex emto wegen Eviction ist in unserm Falle nur erforderlich, dass die Forderung zur Zeit des Vertragsschlusses nicht existirte und der Käufer das Nichtbestehen nicht kannte. Die übrigen Voraussetzungen der Evictionsklage, dass die Kaufsache tradirt und dem Käufer durch rechtskräftiges Urtheil abgesprochen sein muss, können natürlich bei einer nicht existirenden Forderung nicht gegeben sein.

Das Erfüllungsinteresse bestimmt sich, wie mit Dernburg[40]) richtig anzunehmen ist, nach der Zeit des Urtheils über die Regressklage. Die Höhe des Erfüllungsinteresses macht jedoch mit Rücksicht auf den Wortlaut der l. 5 D. de her. vel act. vend. 18, 4 einige Schwierigkeiten. Die l. 5 sagt nämlich, für den Fall, dass die Forderung auf eine bestimmte Summe angegeben sei, müsse der Verkäufer für diese Summe, und wenn keine bestimmte Summe angegeben sei, für das Interesse des Käufers einstehen. Römer[41]) ist der Ansicht, dass die Haftung für den ersteren Fall nur deshalb auf die bestimmte Summe festgesetzt sei, weil diese Summe in der Regel das Interesse des Käufers vollständig decke; sollte aber der Käufer ein höheres Interesse nachweisen können, so sei ihm auch dieses zu ersetzen. Aehnlich fasst das Reichsgericht in der Entscheidung vom 10. Oktober 1882 (Bd. 8 S. 107 fg.) die angeführte Quellenstelle auf. In dem Erkenntniss heisst es: »Die l. 5 D. cit. ist nicht dahin zu verstehen, dass, wenn die Summe der abgetretenen Forderung bestimmt angegeben sei, der Cessionar im Falle der Nichtexistenz der Forderung stets diese Summe verlangen könne, er hat vielmehr in diesem Falle nur Anspruch auf Ersatz seines Interesses, welches keineswegs immer mit dem Nominalbetrag der cedirten Forderung übereinstimmt.«[42]) Das Reichsgericht giebt für

[40]) Pandekten 1889 Bd. 2 S. 267. Anmerk. 24.

[41]) a. a. O. S. 100.

[42]) Das Reichsgericht ist also hier anderer Ansicht als das Reichsoberhandelsgericht, welches B. 16 S. 153 zu dem Erfüllungsinteresse auch die Differenz des gezahlten Kaufgeldes gegen die Nominalvaluta rechnet.

seine Auslegung der erwähnten Stelle keine Gründe; Römer macht geltend, dass es an jedem inneren Grunde fehle, die Haftung des Verkäufers in beiden Fällen verschieden zu gestalten, und dass die Haftung für den letzteren Fall offenbar nur deshalb auf die bestimmte Summe festgestellt sei, weil diese Summe in der Regel das Interesse des Käufers vollständig decke. Die Gründe Römer's halte ich für zutreffend und trete deshalb seiner Ansicht bei.

Diese Begrenzung des Umfangs des Erfüllungsinteresses ist ganz besonders wichtig, weil sie in vielen Fällen praktisch befriedigende Resultate liefert, die sonst nur durch Herbeiziehung anderer Constructionen u. s. w. gezwungen erzielt werden können.

Das Resultat unserer Untersuchungen ist also dieses: Der Verkauf einer nicht existirenden Forderung ist gültig; der Verkäufer haftet nach den Grundsätzen der Eviction auf das Erfüllungsinteresse, welches unabhängig ist von dem Kaufpreis und von dem Nominalwerth der Forderung.

Es erübrigt nunmehr, diesen Grundsatz auf die Inhaberpapiere anzuwenden. Wir werden zunächst zu fragen haben, wann liegt der Fall der Nichtexistenz einer Forderung bei Inhaberpapieren vor. Es sind hierher diejenigen Fälle zu rechnen, in welchen unechte, formwidrige und daher ungültige, ausbezahlte, von einem Handlungsunfähigen ausgestellte und ohne staatliche Genehmigung, soweit eine solche erforderlich ist, ausgegebene Papiere verkauft werden. Hinsichtlich dieser Papiere kann kein Zweifel bestehen, dass die in ihnen dem Scheine nach enthaltene Forderung nicht existirt, mithin von unserm Standpunkte aus der Kauf eines solchen Papiers, welches nach der Absicht des Käufers nur wegen der Forderung gekauft wird, der Kauf einer nicht existirenden Forderung ist. Wie gestaltet sich nun in solchen Fällen die Haftpflicht des Verkäufers nach Massgabe des oben festgestellten Grundsatzes? Der Käufer hat Anspruch auf Alles das, was er zur Zeit der Urtheilsfällung gehabt haben würde, wenn das Papier ein gültiges gewesen, die in ihm beurkundete Forderung bestanden hätte. Ist

bei kurshabenden Inhaberpapieren der Kurs gestiegen, so wird demgemäss der Verkäufer auch den Mehrwerth des Papiers zu ersetzen haben, vorausgesetzt, dass er nicht den Beweis führen kann, der Käufer hätte bei ordnungsmässiger Lieferung des Papiers bereits früher verkauft und demgemäss von der Kurssteigerung keinen Vortheil gehabt. Ebenso kann das Interesse des Käufers noch unter den Kaufpreis herabgehen, wenn der Werth des Papiers inzwischen gesunken ist, es sei denn, er könne den Beweis erbringen, er würde bei einer inzwischen stattgefundenen Kurssteigerung die günstige Gelegenheit zum Verkaufen benutzt haben.[43])

In den meisten Fällen wird es hiernach dem Interesse des Käufers am besten entsprechen und auch für den Verkäufer sich am einfachsten gestalten, wenn anstatt des unechten etc. Papiers ein vollwerthiges Papier der gleichen Gattung und über denselben Betrag vom Verkäufer geliefert wird. Das Klagepetitum kann jedoch nicht hierauf gerichtet werden, wenn es sich um einen Specieskauf handelt. Denn die Absicht der Parteien concentrirt sich in diesem Falle lediglich auf das gehandelte Papier, d. h. auf die in demselben vermuthete Forderung; diese allein ist Gegenstand des Vertrags und in obligatione. Existirt sie nicht, so hat der Verkäufer lediglich ein dem Interesse des Verkäufers entsprechendes Aequivalent zu gewähren. Wenn es auch richtig ist, dass der Käufer ein vollwerthiges Papier kaufen wollte und sein Wille hierauf ging, so ist dieser Wille doch nur mit Bezug auf das eine Papier, die eine species zum Ausdruck gekommen. Der erklärte Vertragswille erstreckt sich nur auf das eine Papier. Die Richtigkeit dieses Satzes dürfte auch ohne Weiteres einleuchten, wenn man sich aus der Praxis den Fall vergegenwärtigt, dass ein Privatmann Verkäufer ist und er sich nur im Besitze dieses einen Papiers befindet. Soll dieser gezwungen sein, ein anderes Papier anzukaufen, um den Käufer zu befriedigen?

---

[43]) Vergl. Dernburg, Pandekten 1889 Bd. 2 S. 267 Anmerk. 25.

Sind in Erfüllung eines Genuskaufs unechte, formwidrige und daher ungültige, ausbezahlte, von einem Handlungsunfähigen ausgestellte und ohne staatliche Genehmigung ausgegebene Papiere geliefert worden, so liegt es nahe zu sagen, es sei überhaupt nichts geliefert worden, denn die dem Scheine nach gelieferten Forderungen existirten nicht und es könne deshalb anderweitige Vertragserfüllung verlangt werden. So behandelt u. A. Hanausek a. a. O. den Genuskauf. Dieser in neuerer Zeit vielfach vertretenen Ansicht vermag ich indessen nicht beizutreten. Dass der Käufer die Annahme der oben bezeichneten Papiere vor der Annahme zurückweisen kann, weil er in ihnen die Forderungsansprüche nicht erhält, die er gekauft hat, ist ganz zweifellos. Der Käufer hat Forderungen gekauft und der Verkäufer versucht nur den Schein von Forderungen zu liefern. Anders nach angenommener Lieferung. Hat der Käufer das angebotene Papier als Erfüllung angenommen, so concentrirt sich die Obligation aus dem Kaufe auf die angebotene und angenommene Species und der Kaufvertrag gilt als erfüllt. Die wenn auch nur dem Scheine nach erfüllte Genus-Obligation gestaltet sich gerade so, wie die erfüllte Species-Obligation und es stehen dem Käufer bei jener dieselben Ansprüche zu wie bei dieser.

Das Resultat unserer Untersuchung ist ein durchaus befriedigendes, denn der Käufer erlangt nach unserer Auffassung Alles, was er gehabt haben würde, wenn ihm ein vollgültiges Papier geliefert worden wäre.

Zu einem wesentlich anderen Ergebniss gelangen diejenigen Schriftsteller, welche, wie Hanausek,[44]) unsere Frage vom sachen-

[44]). Derselben Ansicht wie Hanausek sind Kuntze a. a. O. S. 703 fg. bezüglich der unechten und von einem Geschäftsunfähigen ausgestellten Papiere, Brunner a. a. O. S. 209 bezüglich der unechten Papiere. Hasenöhrl a. a. O. S. 460 Anmerk. 1 will auf die Haftung für die Echtheit eines Inhaberpapiers die Grundsätze über die Gewährleistung physischer Mängel angewendet wissen. Die Unechtheit bildet nach ihm einen

rechtlichen Standpunkte aus behandeln. Diese nehmen in unseren Fällen Nichtigkeit des Verkaufs wegen error in substantia an, denn anstatt eines Papiers als Trägers einer Forderung sei ein werthloses Stück Papier gekauft. Gegen diese Auffassung ist an und für sich nichts einzuwenden, wenn man sich auf den Standpunkt der von mir verworfenen Sachenrechtstheorie stellt. Indess erscheint mir das von jenem Standpunkte aus gewonnene Ergebniss für die Praxis wenig befriedigend. Bei Nichtigkeit des Kaufs braucht der Käufer den versprochenen Kaufpreis nicht zu zahlen und kann Restitution des bereits gezahlten Kaufpreises verlangen. Einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gesteht diese Theorie [45]) dem Käufer nur dann zu, wenn sein Irrthum ein entschuldbarer war oder der Verkäufer dolos gehandelt hat. Setzen wir nun den Fall, die Papiere von der Gattung des verkauften sind im Kurse gestiegen. Soll der Käufer einfach deswegen um den Vortheil der Kurssteigerung kommen, weil sein Mitcontrahent ihm ein ungültiges Papier verkauft oder geliefert hat? Es widerspricht dies den Grundsätzen des römischen Rechts von der Haftung des Verkäufers, welcher überall ungünstiger gestellt ist als der Käufer, weil er seine Waare kennen soll und für den aus deren Fehlerhaftigkeit entspringenden Schaden aufzukommen hat.

Es sei uns gestattet, hier noch auf die von Sachsse in einem praktischen Fall, dem bekannten Lucca-Pistoja-Aktienstreit aufgestellte Ansicht etwas näher einzugehen. Sachsse bewegt sich

physischen Fehler (Nichtherrühren von der betreffenden Person), an welchen sich rechtliche Folgen knüpfen. Calligaris a. a. O. S. 582 bestreitet beim Specieskauf eines gefälschten Papiers das Zustandekommen des Vertrags wegen mangelnden Consenses. Das Ober-Tribunal Berlin Seufferts Archiv 3 No. 26 nahm in einem Fall, in dem ein Pfandbrief mit gefälschter Nummer verkauft worden war, Nichtigkeit des Vertrags an. Reichs-Oberhandelsgericht Bd. 16 S. 147 fg. entschied, dass beim Verkauf eines formwidrigen und deshalb ungültigen Wechsels der Kaufvertrag wegen objectiver Unmöglichkeit der Leistung nichtig sei.

[45]) Vergl. Hanausek a. a. O. S. 379.

bei Behandlung der Inhaberpapiere streng auf obligationenrechtlichem Boden und hält namentlich an dem Grundsatz fest, dass der Uebergang der in dem Papier beurkundeten Forderung Cession sei. Er kommt bei seinen Untersuchungen zu der Ansicht, dass der Käufer von Aktien, auch wenn sie zu einem geringeren Preise als dem Nominalwerth gekauft seien, Entschädigung auf Höhe des letzteren beanspruchen könne. Und zwar giebt er dem Käufer zwei Klagegründe in elective Klagkonkurrenz, nämlich Cession und Kauf. Die Haftung aus der Cession auf den Nominalwerth leitet er daraus her, dass der Cedent für die Wahrheit der Forderung einstehen müsse. Eine Seite der Wahrheit der Schuld sei die quantitative Wahrheit, und diese bestehe darin, dass die wirkliche Schuld ihrem Umfange und ihrer Quantität oder ihrem Nominalwerthe nach mit den Angaben des Cedenten übereinstimme. Denn die Cession könne nur auf die nominelle Grösse der Forderung, nicht aber auf den Credit, den der Schuldner verdiene, also auch nicht auf den hiervon abhängigen Kurswerth und ebensowenig auf den Kaufpreis gerichtet sein. Zunächst ist nun die Annahme Sachsse's, es könne Jemand als Cedent verhaftet sein, unrichtig. Der Cedent einer Forderung ist in dieser seiner Eigenschaft ebenso wenig ersatzpflichtig, wie der Tradent als solcher. Denn nach der heutigen Auffassung entspricht der Tradition beim Uebergang von Sachen die Cession beim Uebergang von Forderungen. Die Ersatzpflicht des Cedenten[46]) lässt sich nur begründen aus der causa cessionis, d. h. aus dem Rechtsgeschäft, als dessen Erfüllung sich die Cession darstellt.[47]) Wenn Sachsse in dem von ihm besprochenen Falle ein Kaufgeschäft annimmt, so kann nur dieses als Klagegrund, und zwar als einziger gelten. Nehmen wir nun auch einmal an, die Verhaftung des Verkäufers auf Grund der Cession sei zu-

[46]) Man sollte überhaupt vermeiden, von der Haftpflicht des Cedenten zu sprechen, da dieser Ausdruck leicht zu unrichtigen Vorstellungen führt.

[47]) Dernburg Pandekten Bd. 2 § 52.

lässig, so können wir doch nicht die Verhaftung bis zum Nominalwerth für zulässig halten. Abgesehen davon, dass in der l. 5 D. de her. vel act. vend. 18, 4 nach unserer Auffassung ein Anhalt für eine solche Auslegung nicht zu finden ist, müssen wir auch leugnen, dass bei kurshabenden Inhaberpapieren nach dem Verkehrswillen eine Verhaftung auf den Nominalwerth intendirt sei. Bei solchen Papieren tritt nach dem Willen der Parteien der Nominalwerth ganz in den Hintergrund. Er spielt nur insoweit eine Rolle, als es sich um die Höhe der Zinsen, der Dividenden u. s. w. handelt. In allen übrigen Beziehungen aber ist der Nominalwerth nur ein imaginärer, wie schon daraus hervorgeht, dass bei weitem die meisten Inhaberpapiere, wie z. B. wohl alle Staatspapiere, unkündbar sind, also nie einen Anspruch auf Auszahlung des Nominalwerthes gewähren. Der Werth solcher Papiere im Verkehr besteht einzig und allein in dem Kurs und dieser ist auch nach dem Verkehrswillen bei allen Entscheidungen zu Grunde zu legen. Nach dem Kurse bestimmt sich die Höhe des von dem Papier repräsentirten Geldbetrages. Die Verhaftung des Cedenten (Verkäufers) auf den Nominalwerth würde bei Inhaberpapieren in der Praxis ganz unhaltbar sein. Sollte wirklich der gutgläubige Verkäufer eines unechten Inhaberpapiers den Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem Nominalwerth aus eigener Tasche zulegen müssen und der Käufer auf diese Weise einen ganz ungerechtfertigten Gewinn machen, wenn er unter pari gekauft hatte und gar nicht auf Auszahlung des Nominalbetrages rechnen konnte? Dies würde doch jedem Rechtlichkeitsgefühl widersprechen. Aus dem Kauf begründet Sachsse die Haftung auf Höhe des Nominalwerthes mit dolus und culpa lata, welche er in dem Specialfalle als vorhanden annimmt. M. E. ist auch hier die Haftung auf den Nominalwerth über den Kurswerth hinaus aus den oben angegebenen Gründen nicht gerechtfertigt.

IV.

Verkauf amortisirter Inhaberpapiere.

Die eigenartig enge Verbindung zwischen der Inhaberforderung und dem Papier, sowie die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung durch Art. 307 des Handels-Gesetzbuchs bringen mancherlei Gefahren für den Besitzer von Inhaberpapieren mit sich. Der Gläubiger kann ohne das Papier nicht Zahlung erlangen und er würde deshalb um seine Forderung kommen, wenn das Papier in seinen Händen durch Zufall zu Grunde ginge oder ihm wider Willen abhanden käme.

Soll nun mit dem Untergang des Papiers das Recht aus demselben gleichfalls vernichtet[48]) sein? Keineswegs. Durch den Untergang des Papiers, durch die Vernichtung desselben, z. B. durch Brand, geht allerdings das Uebertragungs- und Beweismittel der Forderung unter, nicht aber diese selbst. Der Verlierer hat die unerlässliche Voraussetzung verloren, um sein Forderungsrecht geltend zu machen, allein das Recht selbst ist ihm geblieben.

Bei der gegentheiligen Annahme würde der Schuldner auf Kosten des Gläubigers ungerechtfertigter Weise bereichert werden, was jedem natürlichen Rechtsgefühl und den Bedürfnissen des Verkehrs widersprechen würde. Aus dieser Erwägung ist das Institut der Kraftloserklärung[49]) (Mortification, Amortisation) hervorgegangen, gegen dessen Zweckmässigkeit, soweit es sich um untergegangene Papiere handelt, keine Einwendungen erhoben werden können. Die Kraftloserklärung ist hier das Mittel, dem Berech-

---

[48]) Pappenheim a. a. O. nimmt an, dass mit der Vernichtung des Papiers die Forderung bereits untergegangen sei. Diese Ansicht halte ich für unrichtig; sie ist der Ausfluss der falschen, vielfach auch falsch verstandenen Verkörperungstheorie und der verfehlten Gleichstellung des Inhaberpapiers mit den Sachen.

[49]) Als Kraftloserklärung wird die Amortisation in der Reichs-Civil-Prozessordnung bezeichnet.

tigten die Ausübung seines Rechts auch ohne die Originalurkunde zu ermöglichen.

Für unsere Frage kommt dieser Fall der Amortisation nicht weiter in Betracht, da das Papier mit seinem Untergang auch trotz der Kraftloserklärung als Inhaberpapier aus dem Verkehr ausscheidet, also auch nicht zu den Fragen Veranlassung geben kann, welche hier zur Erörterung stehen. Das Institut der Amortisation ist indess auch auf gestohlene, verlorene oder sonst dem Inhaber wider Willen abhanden gekommene Papiere ausgedehnt worden. Hier erscheint die Amortisation allerdings als ein zweischneidiges Schwert, denn es besteht die Gefahr, dass die Besitzer von dem Aufgebotsverfahren keine Kunde erhalten und in Folge dessen ihre Forderung zu Gunsten des Impetranten verlieren. Dass auf diese Weise durch die Amortisirung Unsicherheit in den Verkehr mit Inhaberpapieren kommt, lässt sich nicht leugnen. Die Doktrin hat lange über die Zulässigkeit der Amortisation geschwankt. Es konnte dies auch nicht anders sein, da man die Frage aus der Natur der Inhaberpapiere zu lösen suchte, die Ansichten aber über das civilistische Wesen der Inhaberpapiere, namentlich auch darüber, ob die Inhaberpapiere vindizirbar seien, womit die Amortisirbarkeit eng zusammenhängt, weit auseinander gingen. Ich bin der Meinung, dass die allgemeine Zulässigkeit der Amortisirung aus dem Wesen der Inhaberpapiere nicht gefolgert werden kann, vermag allerdings von meinem Standpunkte aus, wonach ich die Forderung, wenn sie auch in ganz besonders enger Weise mit dem Papier verknüpft ist, doch immerhin der Selbständigkeit fähig halte, der Ansicht nicht zuzustimmen, dass sie, wie von Manchen[50]) behauptet wird, dem Wesen der Inhaberpapiere widerstreite. Die Frage, ob Amortisirbarkeit oder nicht, ist nicht von der Wissenschaft, sondern nur von der Rechtspolitik auf gesetzgeberischem

[50]) Bluntschli-Dahn, deutsches Privatrecht § 167 S. 516; Schott, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 138 A. 233a.

Wege zu lösen und die legislatorische Rechtfertigung des Instituts muss in der allgemeinen Verkehrsanschauung gefunden werden. In der Neuzeit haben sich die meisten Schriftsteller für die Amortisation ausgesprochen und die Verkehrsströmung geht in der gleichen Richtung. Auch in den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich ist das Institut der Kraftloserklärung übergegangen.

Wie haben wir uns nun die rechtliche Wirkung der Kraftloserklärung zu denken? Durch die Kraftloserklärung wird das abhanden gekommene Papier in seine zwei Bestandtheile, das sachliche (Papier) und das ideelle (Forderungsrecht) Element getrennt. Das Papier wird der ihm übertragenen „Transport- und Realisirungsfunctionen“ [51]) entkleidet. Dem Forderungsrecht wird eine durchaus selbständige, von dem Papier unabhängige Existenz gegeben, während aus dem Papier keine Rechtsansprüche mehr hergeleitet werden können. Das Papier wird durch die Amortisirung werthlos. Die Forderung und das Papier können nun verschiedene Wege einschlagen; die Forderung bleibt bei dem Erwerber des Ausschlussurtheils und kann von diesem auf Grund dieses Urtheils geltend gemacht, auch im Wege der gewöhnlichen Cession wie andere Forderungen abgetreten werden; die Forderung verliert den Charakter als Inhaberforderung. Das Papier aber kann, da es kein äusseres Merkmal seiner Entwerthung an sich trägt, unter Umständen als ein dem Scheine nach vollgültiges Inhaberpapier weiter kursiren, und hierin liegt die Gefahr für den Verkehr. Man glaubt ein Papier als Träger des in ihm bezeichneten Werthes zu haben und hat nur ein werthloses Stück Papier. Welche Ansprüche hat nun der gutgläubige Erwerber eines solchen Papiers gegen seinen Vormann? In dem Papier ist ein Forderungsrecht nicht mehr enthalten; doch werden wir darum nicht sagen können, dass der Verkauf eines solchen für kraftlos erklärten Papiers der Ver-

[51]) Kuntze a. a. O. S. 712.

kauf einer nicht existenten Forderung sei; denn die in dem Papier verbriefte Forderung besteht, wenn auch ausserhalb des Papiers; ihr Bestehen ist ja gerade durch das Ausschlussurtheil ausgesprochen worden. Das rechtliche Verhältniss liegt hier so, dass der Verkäufer des Papiers, welcher Gläubiger zu sein vorgiebt, dies nicht ist. Das Forderungsrecht ist nicht bei ihm, sondern bei einem Dritten, es ist mithin ein fremdes Forderungsrecht verkauft. Es liegt also hier der gleiche Fall vor, wie beim Verkauf einer fremden Erbschaft.[52]) Der Kaufvertrag ist gültig und der Käufer hat Anspruch auf das volle Interesse, welches hier in gleicher Weise zu bestimmen ist, wie oben hinsichtlich der unechten etc. Papiere.[53])

Dies bezieht sich ebenso auf den Specieskauf wie auf den erfüllten Genuskauf nach Abschluss des Erfüllungsvertrags, welcher durch das Annehmen des angebotenen Objekts als Erfüllung zu Stande kommt. Vor der Annahme kann natürlich ein amortisirtes Papier, weil mit demselben nicht zugleich die gekaufte Forderung übereignet wird, zurückgewiesen und die Lieferung eines vollwerthigen Papiers verlangt werden.[54])

V.

Verkauf von im Amortisationsverfahren befindlichen Inhaberpapieren.

Um die Bestimmungen der Artikel 306 und 307 des Handelsgesetzbuchs, durch welche die Vindication der bona fide erworbe-

[52]) l. 1. 8. 9. D. de hered. vel act. vend. 18. 4.

[53]) Die herrschende Meinung nimmt Nichtigkeit des Kaufvertrags über ein amortisirtes Inhaberpapier wegen wesentlichen Irrthums an. So Brunner a. a. O. S. 209; Dernburg, Pr. Privatrecht 1888 Bd. 2 § 143, Anmerkung 9; Kuntze a. a. O. S. 703 fg.; Auerbach, das neue Handelsgesetz Bd. 2 S. 180 fg.; Calligaris a. a. O. S. 582; Hanausek a. a. O. S. 386. Hasenöhrl a. a. O. S. 71 lässt den Verkäufer eines amortisirten Werthpapiers aus dem Gesichtspunkt der Gewährleistung haften. Vergl. auch Reichs-Oberhandelsgericht Bd. 11 S. 46.

[54]) Vergl. oben unter III. S. 32.

nen Inhaberpapiere ausgeschlossen wird, nicht theilweise illusorisch zu machen, ist es nothwendig, dass die Kraftloserklärung eines Inhaberpapiers, von der ich im vorigen Abschnitt gesprochen, nicht ohne Weiteres auf das Ersuchen des Impetranten hin erfolgt, sondern es muss auch dafür Sorge getragen werden, dass die berechtigten Dritten von dem Antrage auf Kraftloserklärung Kenntniss erlangen und ihre Rechte geltend machen können. In den einzelnen Amortisationsgesetzen sind deshalb besondere öffentliche Bekanntmachungen (Edictalladungen) vorgeschrieben, sowie bestimmte Fristen festgesetzt, vor deren Ablauf das Ausschlussurtheil nicht gefällt werden darf bz. nicht Rechtskraft erlangt.[55]) Das Aufgebotsverfahren ist daher von mehr oder weniger langer Dauer.

Es fragt sich nun, welchen Einfluss die Einleitung des Aufgebotsverfahrens auf das Inhaberpapier ausübt, ob das Aufgerufensein eines Papiers einen Mangel begründet und ob der Käufer, welcher ein aufgebotenes, aber noch nicht amortisirtes Papier ohne Kenntniss von diesem Umstande kauft, irgend welchen Anspruch gegen den Verkäufer geltend machen kann. Diese Fragen, welche namentlich auch dann praktisch wichtig werden, wenn das Verfahren zur Amortisirung führt, sind in Wissenschaft und Praxis sehr bestritten. In der Wissenschaft streitet man darüber, ob die aufgebotenen Papiere sich wesentlich von den nicht aufgebotenen ihrer Gattung unterscheiden, ob es sich bei ihnen um Mängel rechtlicher oder thatsächlicher Art handelt, ob die actio emti auf Erfüllung oder die ädilicischen Rechtsmittel anwendbar sind. Bis jetzt ist keine Aussicht vorhanden, dass man über diese Fragen zu einer Einigung gelangen werde. Auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich regelt die Frage nicht näher, so dass, wenn in dieser Hinsicht nicht noch Ergänzungen vorgenommen werden, auch nach dessen Einführung die Controversen weiter bestehen werden.

---

[55]) Das formelle Amortisationsrecht ist für Deutschland durch die §§ 838 bis 848 der Reichs-Civilprozessordnung gegeben.

Was die Praxis anlangt, so sind namentlich auch für das Gebiet des Preussischen Allgemeinen Landrechts mehrfach Urtheile der obersten Gerichtshöfe (Ober-Tribunal, Reichs-Oberhandelsgericht, Reichsgericht) ergangen, welche, ohne einen bestimmten Grundgedanken festzuhalten, unsere Frage theilweise in ganz verschiedenem Sinne und mit verschiedener Begründung beantwortet haben.[56]) Nur das ist diesen Entscheidungen gemeinsam, dass bei Processen zwischen Bankiers und Privatleuten zu Gunsten der letzteren, bei Klagen von Bankiers gegen Bankiers zu Gunsten des verkaufenden Bankiers entschieden worden ist.

Meine Ansicht ist die folgende:

Die Einleitung des Aufgabegebotsverfahrens berührt den Bestand der in dem Papier verbrieften Forderung in keiner Weise. Die Forderung ist formell und materiell gültig; der Aussteller hat nicht die Verpflichtung, dem Präsentanten des Papiers die Zahlung zu verweigern, und wenn er es trotzdem thut, geschieht dies auf seine eigene Gefahr. Ebensowenig hat er das Recht zum Anhalten des Papiers. Die Einleitung des Amortisationsverfahrens hat rechtlich keinen Einfluss auf die Umlaufsfähigkeit des Papiers und

---

[56]) Derartige Erkenntnisse sind: Entscheidungen des Ober-Tribunals vom 28. October 1847 (Entscheidungen Bd. 16 S. 114 fg.), vom 8. Januar 1857 und 17. März 1859, die beiden letzteren abgedruckt in Striethorst Archiv, Bd. 23 S. 210 fg. und Bd. 33 S. 64 fg.; Entscheidung desselben Gerichtshofs vom 1. Februar 1870, abgedruckt in Hartmann's Centralorgan für das Deutsche Handels- und Wechselrecht, Bd. 6 S. 265 fg.; Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 6. März 1872 Bd. 5 S. 240 fg., des Reichsgerichts vom 24. November 1880 Entsch. in Civils. Bd. 5 S. 204; vergl. ferner die Urtheile des Stadtgerichts zu Frankfurt (Main) vom 12. Mai 1852, des Appellationsgerichts daselbst vom 24. September 1852 und der Leipziger Rechtsfacultät vom 4 April 1853, abgedruckt in Auerbach, das neue Handelsgesetz, Bd. 2 S. 176; ferner die Entscheidungen des Kommerz- und Admiralitätscollegiums zu Danzig vom 23. Mai 1865 und des Appellations-Gerichts Marienwerder vom 20. December 1865 in Hartmann's Centralorgan Bd. 2 S. 559 fg., Entscheidung des Stadtgerichts Berlin vom 19. Juli 1870 im Central-Organ Bd. 6 S. 478; des Reichs-Oberhandelsgerichts, Seuffert's Archiv 26 No. 69.

schliesst vor allen Dingen auch nicht die Anwendbarkeit des Artikels 307 des Handelsgesetzbuchs aus.[57]) Eine Aenderung des rechtlichen Wesens der Inhaberforderung tritt sonach nicht ein. Auch die Verzinsung des Kapitals hört nicht auf.

Die Wirkungen, welche das Aufrufen eines Papiers zur Amortisation hervorbringen, betreffen vielmehr lediglich das Papier, das sachliche Element, wie auch die Gründe, welche das Verfahren veranlasst haben (unfreiwilliger Verlust des Papiers), lediglich mit diesem im Zusammenhang stehen. Denn m. E. bleibt in den Fällen des Abhandenkommens des Papiers die Forderung so lange bei dem Verlierer, bis das Papier in redliche Hände kommt. Der Dieb erwirbt das Recht aus dem Papier nicht.

Die Wirkung des Aufgerufenseins besteht nun darin, dass die Möglichkeit einer Entwerthung des Papiers durch Amortisation näher gerückt wird, und dass zur Beendigung des Verfahrens und zur Vermeidung des Ausschlussurtheils ein Aufwand von Thätigkeit und Kosten nothwendig ist. Diese Umstände drücken dem Papier einen Makel auf, der die thatsächliche Begebbarkeit desselben beschränkt. Jeder Käufer will ein Papier, welches ohne Schwierigkeiten zu dem gewöhnlichen Tageskurse verkäuflich ist. Für ein aufgebotenes Papier wird sich daher nicht leicht ein Käufer finden. Der Mangel des aufgebotenen Papiers besteht also in der beschränkten Verkäuflichkeit oder auch, wenn man es so nennen will, in der beschränkten Kursfähigkeit. Die Verkäuflichkeit ist aber bei Inhaberpapieren, wenigstens solchen, die amortisirbar sind, eine im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft und die Beschränkung derselben hindert den Käufer, sich der Sache der Natur nach zu bedienen.[58]) Hiernach, und da es sich

[57]) Pappenheim a. a. O. S. 88.

[58]) Die Ansicht des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 5 S. 241, dass das aufgebotene Papier nicht der freien Begebbarkeit entbehre, entspricht nicht der Anschauung des Verkehrs. Ein Rechtsgrundsatz steht

um einen Mangel des Papiers als solchen handelt, unterliegt die Anwendung der Grundsätze über Mangelhaftigkeit der Kaufsache keinem Bedenken. Es hat also in denjenigen Fällen, wo der Verkäufer das Nichtaufgerufensein des Papiers zugesagt oder das Schweben des Amortisationsverfahrens gekannt und arglistiger Weise verschwiegen hat, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Käufer die actio emti auf das volle Interesse. Ist aber der Mangel beim Vertragsschluss den beiden Kontrahenten unbekannt geblieben, so halte ich die Anwendung der ädilicischen Rechtsmittel für zulässig.[59])

Die Anwendung der Normen des ädilicischen Edikts haben nun zur Voraussetzung, dass die Mängel nicht in die Augen fallen.[60]) Der Maassstab, welcher dabei zu Grunde gelegt wird, ist der Maassstab des gewöhnlichen Mannes, nicht des mit Fachkenntnissen ausge-

allerdings der Begebung nicht im Wege, allein das kommt gegenüber dem thatsächlichen Mangel nicht in Betracht.

Die Beschränkung der Handelbarkeit einer Sache wird auch von Dernburg, Pandekten, Bd. 2 § 100 Anmerk. 13 als Mangel angesehen.

[59]) Ebenso Kuntze a. a. O. S. 705 fg., Dernburg Pr Privatrecht, 1888 Bd. 2 § 143 Anmerk 10; Koch, Geld und Werthpapiere, in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich von Bekker und Fischer, Heft 4; Stobbe a. a. O. S. 209 macht den Verkäufer nicht regresspflichtig, wenn er ein Papier veräussert, für welches die Amortisation eingeleitet ist, falls dem Erwerber noch Zeit bleibt, um sein Recht geltend zu machen Ebenso Calligaris a. a. O. S. 594. Calligaris spricht jedoch dem Käufer, welcher rechtzeitig von dem schwebenden Aufgebotsverfahren Kenntniss erhält, das Recht zu, das Fehlende und Schadenersatz von dem Käufer zu verlangen, welcher Verpflichtung dieser, wenn er es nicht vorzieht, das gelieferte Stück gegen ein fehlerfreies anszuwechseln, dadurch entsprechen kann, dass er die Aufhebung der Amortisirung auf seine Kosten veranlasst oder dem Käufer diese Kosten vergütet und den sonstigen demselben hierdurch erwachsenen Schaden ersetzt. Auch das Reichs-Oberhandelsgericht Bd. 5 S. 234 fg. giebt dem Käufer (Bankier) keinen Anspruch.

[60]) L. 14 § 10 D. de aed. ed. 21,1: ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit; vergl. auch l. 1 § 6 D. eod.

rüsteten Sachverständigen.[61]) Ist jedoch der Käufer ein Sachverständiger und schlägt das abgeschlossene Geschäft in seinen Beruf ein, ist dieses in Ausführung seines Gewerbes zu Stande gekommen, so werden wir allerdings schon dann nicht mehr von einem verborgenen Mangel reden können, wenn der Mangel für einen Sachverständigen leicht erkennbar ist. Denn es wäre gegen die bona fides, wenn Jemand einen Fehler, der ihm als Sachverständigen nicht entgehen sollte, einfach ignorirte, um gegebenen Falls Ansprüche daraus herzuleiten. Von einem entschuldbaren Irrthum, von dem aus sich doch nur allein die ädilicischen Rechtsmittel rechtfertigen lassen, könnte hierbei nicht die Rede sein, denn das Edikt hatte nur den Zweck, ne emptor decipiatur.[62]) Dass die Prüfung des Kaufgegenstandes dabei so genau zu geschehen hat, wie man es von einem in seinen Angelegenheiten sorgfältigen Mann erwarten muss, ist selbstverständlich und liegt in den Worten: vel ignorare potuit.

Ist nun unter diesen Voraussetzungen ein aufgebotenes Papier mit einem verborgenen Mangel behaftet, und zwar sowohl für den Nichtbankier als den Bankier? Ich stehe nicht an, die Frage nach beiden Richtungen hin zu bejahen. Der Mangel kann aus dem Papier selbst nicht ersehen werden und zu seiner Entdeckung sind Veranstaltungen und Prüfungen nothwendig, welche über das Mass desjenigen hinausgehen, was nothwendig erscheint, um aus dem Aedilenedikt Rechtsansprüche herzuleiten. Der Käufer eines aufgebotenen, noch nicht amortisirten Papiers kann sich mithin der ädilicischen Klagen bedienen, wobei ihm die Wahl bleibt zwischen der actio redhibitoria auf Rücknahme des Papiers gegen Erstattung des Kaufpreises, oder der actio quanti minoris auf Erstattung des Minderwerthes. Dieser bemisst sich nach den Kosten, die dem Käufer durch die zur Abwendung der Amortisirung gethanenen

[61]) Windscheid a. a. O. § 393 Anmerk. 6.

[62]) l. 1 § 6 D. de aed. ed. 21,1.

Schritte entstanden sind, oder nach dem durch den Mangel verursachten Mindererlös. Ob der Käufer Bankier ist oder nicht, macht hierbei keinen Unterschied.

Wie gestaltet sich nun aber das Rechtsverhältniss, wenn das bereits zur Zeit des Kaufabschlusses schwebende Verfahren zur Kraftloserklärung geführt hat, weil der Erwerber bis zur Rechtskraft des Ausschlussurtheils von dem Verfahren keine Kenntniss erhalten hat? Die actio aestimatoria wird in einem solchen Falle aus thatsächlichen Gründen nicht mehr angestellt werden können, denn von einem Minderwerth kann in einem solchen Falle nicht die Rede sein. Bei der actio redhibitoria müssen aber beide Parteien in denselben Zustand zurückversetzt werden, in welchem sie sich befinden würden, wenn der Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Der Verkäufer hat den gezahlten Kaufpreis nebst landesüblichen Zinsen von der Zahlung ab zu erstatten, während der Käufer die Kaufsache mit ihren Früchten und in demselben Zustand, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben muss. Von der Rückgabe ist er entbunden, wenn die Sache ohne sein Verschulden zu Grunde gegangen ist.[63]) Hat nun das zur Zeit schwebende Verfahren zur Mortification desselben geführt, so kann der Käufer die in dem Papier bezeugt gewesene und ihm vom Verkäufer übermachte Forderung nicht mehr zurückgewähren; das Papier, welches er als Träger einer Inhaberforderung erhalten hat, ist in Folge der Kraftloserklärung werthlos geworden, das Werthpapier als solches ist untergegangen. Es kommt nun alles auf die Beantwortung der Frage an, ob das Uebersehen des Aufgebotenseins und die damit im Zusammenhang stehende Nichthinderung der Amortisation dem Käufer als Schuld angerechnet werden kann.[64]) Eine allgemeine

[63]) l. 31. §§ 11 und 12, l. 47 § 1. l 48 pr. D. de aed. ed. 21,1.

[64]) Es macht hierbei keinen Unterschied, ob das Papier amortisirt worden ist, während es sich im Besitze des Käufers befunden hat, oder ob dieser das Papier bereits weitergegeben hatte und er von seinen

Entscheidung lässt sich hierüber nicht treffen; inwieweit in den concreten Fällen ein Verschulden vorliegt, ist quaestio facti. Immerhin dürften sich folgende allgemeine Gesichtspunkte für die Entscheidung der Frage geltend machen lassen.

Die Einleitung des Aufgebotverfahrens wird in verschiedener Weise zur öffentlichen Kenntniss gebracht und es bestehen auch Veranstaltungen, durch welche Jedermann in die Lage versetzt ist, sich darüber zu unterrichten, ob ein Papier aufgeboten ist oder nicht. Dazu kommt, dass, nachdem die Amortisirbarkeit fast überall Regel geworden ist, jeder Erwerber von Inhaberpapieren sich die Möglichkeit einer Amortisirung oder eines Aufgebotenseins gegenwärtig halten muss. Der besonders vorsichtige Papierbesitzer wird deshalb auch nicht unterlassen, von Zeit zu Zeit Prüfungen dahin anzustellen, ob etwa die in seinem Besitze befindlichen Papiere aufgeboten sind. Indess sind diese Ermittelungen zur Zeit noch sehr umständlich und zeitraubend, auch in der Mehrzahl der Fälle ohne Hülfe eines Fachmannes nicht möglich, so dass bis jetzt bei Nichtbankiers derartige Prüfungen wohl im Allgemeinen nicht gebräuchlich sind. Man wird es deshalb Nichtbankiers nicht als culpa anrechnen können, wenn sie von einem schwebenden Amortisationsverfahren in Unkenntniss geblieben sind und in Folge dessen das Ausschlussurtheil nicht abgewendet haben. Ganz besonders aber nicht, wenn sie die Papiere von einem Bankier gekauft hatten; denn hier durften sie sich darauf verlassen, dass sie tadellose Papiere geliefert erhielten. Voraussetzung ist natürlich, dass sich der Käufer nicht anderweitig Verabsäumungen, z. B. Nichtabhebung neuer Zins- oder Dividendenscheine, hat zu Schulden kommen lassen. Hiernach würde im Zweifel der ankaufende Nichtbankier auch in dem Falle, wenn das gekaufte Papier amortisirt

Nachmännern in Anspruch genommen wird. Denn das Redhibitionsrecht geht, wie Eck in den Festgaben für Beseler S. 161 überzeugend dargethan hat, in Folge Veräusserung der Kaufsache nicht verloren, wenn der Käufer in Unkenntniss der Mängel veräussert hat.

worden ist, mit der actio redhibitoria Rückzahlung des Kaufpreises etc. verlangen können, auch wenn er nur das amortisirte, also werthlose Papier zurückgeben kann.[65]) Dabei ist es irrelevant, ob der Verkäufer Bankier ist oder nicht; denn der Käufer hat nur den Schaden zu tragen, welchen er selbst verschuldet hat.

Die Befreiung des Käufers von der Rückgabe der Kaufsache in dem ursprünglichen Zustande findet auch statt, wenn der eingetretene Schaden mit dem Fehler selbst in keinem Zusammenhang steht, z. B. ein Pferd an einer inneren Krankheit verendet ist, während der Mangel darin bestand, dass es sich nicht reiten liess.[66]) Mortuus redhibetur, so lautete der römische Grundsatz. Es muss dies hier besonders hervorgehoben werden, um dem etwaigen Einwand zu begegnen, dass bei einem Papier, welches amortisirt worden ist, weil die Betheiligten von dem eingeleiteten Verfahren keine Kenntniss erhalten hatten, die Beschränkung der Begebbarkeit zur Zeit des Verkaufs ganz einflusslos gewesen sei, ja sozusagen gar nicht bestanden habe oder wenigstens nicht zur Geltung gekommen sei, denn das Papier sei ja bis zur Amortisirung als aufgebotenes nicht erkannt worden. Der Redhibitionsanspruch ist begründet in dem Augenblicke des Kaufabschlusses, auch wenn die Fehlerhaftigkeit gar keine Wirkung hat.[67]) Ebenso ist es auch irrelevant, ob der Fehler, wie in unserem Falle, behebbar ist oder nicht. Diese scheinbaren Härten für den Verkäufer ergeben sich aus den singulären Bestimmungen des Edikts, welches den Verkäufer ganz besonders strenge verhaften wollte, und ist ein Ausfluss der Fiction, dass der Verkäufer seine Waare kennen müsse.[68])

Können wir hiernach dem ankaufenden Nichtbankier nicht die Schuld an der Nichtabwendung des Ausschlussurtheils zumessen, so fragt es sich, wie sich die Sache gestaltet, wenn ein

---

[65]) Vergl. hierzu Reichsgericht Entsch. in Civils. Bd. 5 S. 207 fg.
[66]) l. 31 §§ 11 und 12, l. 38 § 3, l. 47 § 1, l. 48 pr. D. de aed. ed. 21, 1.
[67]) l. 44 § 2 D. de aed. ed. 21, 1.
[68]) l. 1 § 2 D. de aed. ed. 21, 1.

Bankier der Käufer ist. Von einem solchen muss, da er den Ein- und Verkauf von Werthpapieren als Gewerbe betreibt und die Papiere die Waare sind, mit denen er handelt, in Anspruch genommen werden, dass er die in seinen Besitz gelangenden Papiere und ebenso die in seinen Händen befindlichen von Zeit zu Zeit auf ihre Unbeanstandetheit u. s. w. prüft, und dass er Veranstaltungen trifft, um von dem Aufgebotsverfahren über die von ihm gehandelten Papiere stets und rechtzeitig Kenntniss zu erhalten. Macht er sich hierin Verabsäumungen schuldig, unterlässt er diese Prüfung, so ist ihm dies als culpa anzurechnen.[69]) [70])

Wenn es sich um einen Kauf zwischen einem Nichtbankier und einem Bankier handelt, so werden wir hiernach sagen müssen, dass die Amortisirung durch Verschulden des ankaufenden Bankiers nicht abgewendet worden ist und dass daher dieser den Schaden tragen muss, vorausgesetzt natürlich, dass nicht das eingeleitete Verfahren beim Vertragsabschluss so weit vorgeschritten war, dass die Kraftloserklärung nicht mehr abgewendet werden konnte.

Schwieriger wird die Entscheidung, wenn dem ankaufenden Bankier ein Bankier als Verkäufer gegenübersteht.[71]) Hier liegt auf beiden Seiten ein gleich grosses Versehen vor. Der verkaufende Bankier versirt ebenso in culpa, wenn er unterlässt, vor dem Verkauf zu prüfen, ob die zu verkaufenden Papiere etwa aufgeboten sind, wie der ankaufende, der die Prüfung bei der Uebernahme

[69]) Das Reichsgericht hebt in seiner Entscheidung vom 24. November 1880 (Entsch. in Civils. Bd. 5 S. 209) mit Recht hervor, dass, wenn man einem Bankier gestatten wollte, durch einen Mangel an Veranstaltungen, vermöge deren die hier in Betracht kommenden Publikationen ihm zugänglich werden würden, sich diesen Verkündigungen zu verschliessen, jene Publikationen jedes Sinnes und Zweckes entbehrten und die Amortisations-Gesetzgebung und Praxis lediglich auf Fiktionen beruhten und für die Verkehrsicherheit gänzlich unerträglich wären.

[70]) Zur Verhaftung des Käufers ist jeder Grad der culpa hinreichend. l. 31 § 12 D. de aed. ed. 21, 1.

[71]) Vergl. Entscheidung des Berliner Ober-Tribunals vom 17. März 1859 in Striethorst Archiv Bd. 33 S. 64 fg.

und weiterhin unterlässt. Indess bin ich der Ansicht, dass die culpa des Verkäufers den Käufer hier nicht befreit. In dem Edikt wird, wie aus den Worten der l. 1 § 2 D. h. t. 21, 1: potuit enim nota habere venditor hervorgeht, die strengere Haftung des Verkäufers mit der Fiction begründet, dass der Verkäufer den Fehler der Kaufsache hätte kennen müssen. Ob in dem concreten Falle das Nichtkennen vom Verkäufer thatsächlich verschuldet ist oder nicht, bleibt jener Fiktion gegenüber einflusslos; das Edikt lässt ohne Rücksicht auf ein concurrirendes Verschulden des Verkäufers den Käufer für jeden Schaden haften, der durch sein Verschulden an der Kaufsache entstanden ist. Da ich bereits nachgewiesen, dass dem ankaufenden Bankier die Nichtabwendung des Ausschlussurtheils als culpa anzurechnen ist, so muss er auch dem schuldigen Verkäufer, also hier dem verkaufenden Bankier gegenüber, den durch die Amortisation entstandenen Schaden tragen.

Das Resultat unserer Untersuchungen ist also, dass der Verkäufer eines im Aufgebotsverfahren befindlichen Papiers, so lange es noch nicht amortisirt ist, durch die ädilicischen Rechtsmittel zur Zurücknahme desselben oder zur Erstattung des Minderwerthes gezwungen werden kann, und dass der Schaden, welcher durch die Amortisirung eines bereits beim Kaufabschluss aufgebotenen Papiers entstanden ist, im Zweifel von dem Verkäufer zu tragen ist, mit Ausnahme der Fälle, in welchen der Ankauf durch einen Bankier erfolgt.

Hinsichtlich der Verjährungsfristen für die dem Käufer aus dem Kaufe eines aufgebotenen Papiers zustehenden Rechtsmittel gehen gemeines und Handelsrecht auseinander. Da nach meiner Auffassung das Aufgebotensein eines Inhaberpapiers als ein Sachmangel anzusehen ist, so sind, soweit es sich um Distanzkäufe handelt, bei Handelsgeschäften über Inhaberpapiere die Artikel 349 und 350 des Handelsgesetzbuchs in Anwendung zu bringen. Nach diesen Artikeln sind alle Ansprüche wegen der Mängel der

Kaufsache, nur nicht die aus dem Betrug, einschl. der mit den ädilicischen Klagen geltend zu machenden einer sechsmonatlichen Verjährung unterworfen, welche mit der Ablieferung der Sache an den Käufer beginnt. Bei Nichthandelsgeschäften und Nichtdistanzkäufen verjähren die actio redhibitoria in sechs Monaten, die actio aestimatoria in einem Jahre, beides tauglicher Zeit. Die Fristen laufen richtiger Ansicht[72]) nach für die actio aestimatoria von der Zeit des Vertragsschlusses ab, für die redhibitoria von dem Zeitpunkt ab, wo dem Käufer der verborgene Fehler der Sache bekannt wurde, sofern nicht das Nichtkennen des Fehlers auf einer groben Nachlässigkeit des Verkäufers beruht.[72a]) Inwieweit das Uebersehen des Aufgebotenseins eines Papiers dem ankaufenden Bankier als grobes Verschulden anzurechnen ist, hängt von der Lage des concreten Falles ab.

Hinsichtlich des Genuskaufs gilt auch hier das unter III Gesagte. Die Anwendung der ädilicischen Rechtsmittel beim Genuskauf halte ich danach für gerechtfertigt.[73])

Hanausek[74]) betrachtet den in dem Aufgerufensein eines Papiers liegenden Mangel als einen wesentlichen und behauptet,

---

[72]) Vergl. Dernburg, Pandekten § 101; auch Reichsgericht, Entscheidung in Civils. Bd. 21, S. 162 fg. Goldschmidt, der Lucca-Pistoja-Aktien-Streit S. 65, nimmt an, dass die Verjährungsfristen regelmässig vom Augenblick des Kaufabschlusses an laufen, es sei denn der Fehler so verborgen, dass er innerhalb der ganzen Verjährungsfrist nicht entdeckt werden konnte.

[72a]) l. 55 D. h. t. 21, 1: Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco tamen dissolutam ignorationem emptoris excusari oportebit.

[73]) Die Anwendbarkeit der ädilicischen Rechtsmittel beim Genuskauf ist noch immer sehr bestritten. Nach den überzeugenden Ausführungen Goldschmidt's, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 19 S. 98 fg. könnte man wohl den Streit für beendigt ansehen. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs lässt die Rechte der »Wandelung« und »Minderung« auch beim Genuskauf zu. (§ 398.)

[74]) a. a. O. S. 388. Ebenso Auerbach, das neue Handelsgesetz Bd. 2

dass der Käufer, welcher ein Werthpapier in Unkenntniss von dem eingeleiteten Aufgebotsverfahren gekauft habe, in einem error in substantia befangen sei und dass die Lieferung eines derartigen Werthpapiers als Lieferung einer Sache von anderer als der bedungenen Gattung erscheine. Diese Ansicht Hanausek's kann ich selbst von seinem sachenrechtlichen Standpunkte aus nicht für richtig halten; denn die Kursfähigkeit, die allerdings zum Wesen aller amortisirbaren Inhaberpapiere gehört, ist nicht aufgehoben, sondern wie Hanausek selbst ausführt, nur zeitweilig beschränkt. Eine derartige Beschränkung kann aber nicht die Wesenheit des Inhaberpapiers ändern, dazu gehört doch mindestens die volle Aufhebung der Kursfähigkeit. Wollte man unter solchen Umständen eine Aenderung des Wesens einer Sache annehmen, dann würde schliesslich jede fehlerhafte Sache als ein aliud anzusehen sein, was offenbar der bestehenden Rechtsanschauung nicht entspricht.

Unrichtig ist aber auch, wie Hanausek von seinem Standpunkte aus in unserm Falle das Schuldmoment zur Geltung zu bringen sucht. Er will nämlich, obgleich er sich gegen die Anwendbarkeit der ädilicischen Klagen wendet, doch die Entscheidungen der l. 31 §§ 11 und 12, der l. 47 § 1 und l. 48 pr. D. de aed. ed. 21, 1, welche sich auf die actio redhibitoria beziehen, analog zur Anwendung bringen und demzufolge den Käufer, welcher in offener Frist von dem schwebenden Amortisationsverfahren Kenntniss erhält und unterlässt, die zur Wahrung des in dem Papier beurkundeten Rechts erforderlichen Schritte zu thun, für den rechtsvernichtenden Erfolg des Ausschlussurtheils verantwortlich machen.

Hanausek übersieht aber dabei, dass nach seiner Auffassung der Kaufvertrag über ein im Aufgebotsverfahren begriffenes Papier nichtig ist, während sich die angezogenen Quellenstellen auf einen

S. 181: »selbst bei nur bevorstehender Kraftloserklärung nach bereits eingeleitetem Amortisationsverfahren dürfte das Papier nicht wohl mehr als kursfähiges, sonach eigentliches Werthpapier gelten.«

zu Recht bestehenden Vertrag beziehen, und dass einzelne Normen des ädilicischen Edikts höchstens doch nur da zur analogen Anwendung gebracht werden dürfen, wo die ädilicischen Rechtsmittel selbst für zulässig erklärt werden. Nimmt man mit Hanausek Nichtigkeit des Vertrags an, so ist die schuldhafte Unterlassung der Anmeldung des Papiers in Folge Uebersehens des Aufgebotenseins als ein ausserkontraktliches Verschulden aufzufassen und man würde von diesem Gesichtspunkte aus nach meinem Dafürhalten dem Verkäufer, welcher anstatt seines hingegebenen, ein Forderungsrecht tragenden Papiers ein werthloses Stück zurückerhalten hat, die actio legis Aquiliae gewähren können. Die Voraussetzungen derselben sind gegeben, da die Schadenszufügung an einer körperlichen Sache, dem Papier erfolgt, dessen Integrität durch das Ausschlussurtheil verletzt worden ist. Dass es sich hierbei um eine mittelbare Einwirkung auf die Sache handelt, ist irrelevant.

VI.

Verkauf nicht emittirter Inhaberpapiere.

Nicht emittirte Inhaberpapiere sind solche, welche nach der Ausstellung, aber vor der sogenannten Emission, d. h. der ordnungsmässigen Fortgabe des Papiers Seitens des Ausstellers an den ersten Nehmer[75]), durch Zufall, Diebstahl oder Veruntreuung in dritte Hände gelangt sind. Hanausek[76]) bezeichnet solche nicht emittirte Papiere als Sachen anderer als der bedungenen Gattung und sieht deshalb den Specieskauf über derartige Papiere wegen

[75]) Die Emissionstheorie versteht unter Emission auch das Derelinquiren eines Papiers. In der Geschäftsprache wird das Bringen auf den Markt, das Zuführen an einen grösseren Kreis von Nehmern als Emission bezeichnet. Vergl. Reichs-Oberhandelsgericht Bd. 20 S. 255.

[76]) a. a. O. S. 382.

error in substantia als nichtig an, während er beim Genuskauf die Lieferung nicht emittirter Papiere als blossen Erfüllungsversuch betrachtet und den Verkauf als nicht erfüllt behandelt. Dass diese Auffassung in einer solchen Allgemeinheit ohne Rücksicht auf die über die Natur der Inhaberpapiere herrschenden wissenschaftlichen Theorien nicht richtig ist, leuchtet ohne Weiteres ein.[77]) Die hier zur Erörterung stehende Frage lässt sich nur in Verbindung mit der anderen Frage beantworten, wie und wann das Forderungsrecht aus dem Inhaberpapier zu Stande kommt und welcher Akt als der Entstehungsgrund der Verpflichtung anzusehen ist; denn die Entscheidung muss verschieden ausfallen, je nachdem man das Recht aus dem Papier mit der Emission oder bereits vor ihr entstehen lässt. Hierüber gehen nun aber die Meinungen sehr weit auseinander. Die verschiedenen Ansichten lassen sich in drei Hauptgruppen zusammenfassen, welche man als Vertrags-, Emissions- und Creationstheorie zu bezeichnen pflegt.

Die von Kuntze begründete Creationstheorie hat wegen ihrer Praktikabilität in neuerer Zeit immer mehr Anhänger gefunden.[78]) Nach ihr gründet sich die Verpflichtung aus dem Inhaberpapier in dem einseitigen, in dem Papier kundgegebenen Verpflichtungswillen des Ausstellers. Die Ausstellung allein genügt zur Begründung der Obligation. Dem in der Urkunde niedergelegten und

---

[77]) Das von Hanausek für seine Ansicht angezogene Erkenntniss des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 14 No. 114 S. 367 fg. kommt zwar zu dem gleichen Resultat wie Hanausek, aber, was dieser übersehen zu haben scheint, aus ganz anderen Gründen. Nicht, weil nicht emittirte Aktien geliefert waren, wurde die Lieferung als Lieferung eines aliud angesehen und dem Klagebegehren auf Zurückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der gelieferten Aktien stattgegeben, sondern weil nach der Absicht der Kontrahenten der Kauf auf die früher ausgegebenen Aktien gerichtet war, welchen ein Vorbezugsrecht bezüglich der neu zu emittirenden Aktien zugesichert war.

[78]) Windscheid a. a. O. § 304 Anmerkung 11; Dernburg, Pandekten, Bd. 2 § 9 unter 2; Hasenöhrl a. a. O. § 58; Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 124.

verbrieften einseitigen Versprechen des Ausstellers wird ohne Rücksicht auf einen Gläubigerwillen verbindliche Kraft beigelegt. Das Papier wird durch den einseitigen Willensakt geschaffen, kreirt. Mit der Ausstellung des Papiers ist auch die Verpflichtung des Ausstellers perfekt, sie ruht nur so lange, als das Papier sich in den Händen des Ausstellers befindet. Bis dahin, dass das Papier in den Besitz eines Dritten gelangt, sind Schuldner und Gläubiger in einer Person vereinigt.

Hiernach hat es, soweit unsere Frage in Betracht kommt, vom Standpunkte der Creationstheorie aus streng genommen überhaupt keinen Sinn, von emittirten und nicht emittirten Papieren zu reden, denn die Emission ist nach ihr für die Vollgültigkeit und Rechtmässigkeit der Inhaberforderung irrelevant. Das Papier verpflichtet mit der Ausfertigung, wenngleich natürlich die Geltendmachung der Forderung davon abhängig ist, dass das Papier einem Dritten zu Händen kommt. Auf welche Weise das kreirte Papier in die Hände des Dritten gelangt, ist vom Standpunkte der Creationstheorie aus gleichgültig, und der Aussteller kann die in dem Papier versprochene Leistung nicht aus dem Grunde verweigern, weil es ihm ohne oder wider seinen Willen abhanden gekommen ist. Am konsequentesten ist dieser Standpunkt der Creationstheorie im § 686 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich zum Ausdruck gekommen. Der Paragraph lautet: »Der Aussteller einer Schuldverschreibung auf Inhaber wird durch dieselbe auch dann verpflichtet, wenn die Schuldverschreibung dem Aussteller gestohlen oder von diesem verloren oder in anderer Weise ohne dessen Willen in den Verkehr gelangt ist. Die Verpflichtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Schuldverschreibung erst, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist, in den Verkehr gelangt.«[79])

[79]) Vergl. auch Dernburg, Privatrecht, II, § 12 Anmerk. 17.

Nach der Creationstheorie besitzt also der Käufer eines Papiers, welches auf unrechtmässige und unbeabsichtigte Weise in den Verkehr gelangt ist, ein untadelhaftes, vollwerthiges Papier und es kann deshalb von einem Regress gegen den Verkäufer keine Rede sein. Der Inhaber fordert die fällige Leistung von dem Aussteller.[80])

Anders nach der Vertragstheorie.[81]) Nach ihr ist die Inhaberforderung aus einem Vertrag, dem sog. Begebungsvertrag, herzuleiten, welcher durch Geben und Nehmen mit dem Willen des einen: Schuldner zu werden, und des anderen: Gläubiger zu werden, zu Stande kommt. Die Obligation entsteht also wie bei allen Verträgen durch die Vereinigung zweier Willen und nicht, wie nach der Creationstheorie, durch einseitigen Verpflichtungsakt des Ausstellers. Die Ausfertigung ist für die Entstehung der Verpflichtung gleichgültig; sie ist nur ein vorbereitender Akt und steht der Aus-

[80]) Das Reichs-Oberhandelsgericht Bd. 17 S. 152 fg. hat sich, wenn es auch nicht bestimmt zum Ausdruck gekommen ist, im Grunde genommen der Creationstheorie angeschlossen und den Aussteller von Inhaberpapieren, die vor der Emission durch eine ungetreue Mittelsperson in den Verkehr gebracht worden waren, verantwortlich gemacht. Die Begründung, dass der Aussteller durch die Ausstellung des Papiers die Gefahr eines Diebstahls etc. nicht nur hervorrufe, sondern auch übernehme, und dass dies in der »Natur der Sache« liege, entbehrt zu sehr der rechtlichen Grundlage, als dass sie befriedigen könnte. Es beruht diese allgemein gehaltene Begründung m. E. auf der in den Entscheidungen sowohl des Reichs-Oberhandelsgericht als auch des Reichsgerichts vielfach hervortretenden Abneigung, in controversen Materien einer bestimmten Ansicht den Vorzug zu geben. Die bestimmte Entscheidung der in der Wissenschaft auftauchenden Controversen ist aber m. E. gerade Aufgabe der obersten Gerichtshöfe, um eine konstante Praxis in der Rechtsprechung und damit die nöthige Sicherheit für den Verkehr zu erzielen. Hiermit soll indess nicht einem blinden Präjudiciencultus das Wort geredet sein.

[81]) Anhänger der Vertragstheorie: Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 23 S. 306, Bd. 28 S. 63 fg., Bd. 36 S. 124 fg.; Brunner a. a. O. S. 164 fg.; Thöl a. a. O. Bd. 2 § 224; Gareis, die Creationstheorie 1868; Gierke, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs etc. S. 228 polemisirt gegen die im Entwurf bis „zur Schroffheit" durchgeführte Creationstheorie; auch Koch a. a. O. S. 36 fg. und Carlin, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 36 S. 6 fg. sind gegen die im Entwurf angenommene Creationstheorie.

fertigung eines Schuldscheins bei einer gewöhnlichen Forderung gleich. Bis zum Abschluss des Vertrags durch Geben und Nehmen, also bis zur Emission im juristischen Sinne ist die Urkunde ohne jede rechtliche Bedeutung. Zwischen wem der Vertrag geschlossen wird, ob zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer, so dass das Recht der weiteren Nehmer als ein abgeleitetes anzusehen wäre, oder cum incerta persona,[82]) oder ob ein Vertrag in favorem tertii vorliegt, interessirt hier nicht.

Kommt aber die Obligation erst mit dem Begebungsvertrag zu Stande, so ist natürlich eine Inhaberforderung nicht vorhanden, wenn das Papier vor der Emission dem Aussteller wider Willen abhanden kommt. Denn es liegt hier auch nicht der Schein eines Vertrags vor. Das in den Verkehr gelangte Papier ist werthlos.

Unter dem Gesichtspunkte der Begebungsvertragstheorie ist mithin nach meiner Auffassung der Kauf eines nicht emittirten Papiers Kauf einer nicht existenten Forderung, und es würde deshalb bezüglich der Haftpflicht des Verkäufers eines solchen Papiers das Gleiche zu gelten haben, was oben hinsichtlich des Kaufs unechter Papiere u. s. w. gesagt worden ist.

Zu demselben Resultat gelangt man auch von dem Standpunkte der dritten Theorie aus, der sog. Emissionstheorie.[83]) Dieselbe hält die Mitte zwischen Vertrags- und Creationstheorie. Nach ihr bedarf es zwar nicht der Verbindung zweier Willen zur Erzeugung der Inhaberforderung, es genügt vielmehr die einseitige Thätigkeit des Ausstellers. Allein zu dem Ausstellungsakt muss noch, um die Verpflichtung entstehen zu lassen, das Aufgeben der Detention, das Fortgeben Seitens des Ausstellers hinzukommen, und zwar das Fortgeben mit Wissen und Willen, die Emission, denn, „wer noch widerrufen, das Papier vernichten kann, hat noch

[82]) Savigny, a. a. O. 2 S. 93 fg.

[83]) Stobbe a. a. O. § 171 Anmerk. 21 und § 180 unter 2; Gengler Deutsches Privatrecht § 125 fg., Gierke, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 29 S. 258.

nicht in rechtsverbindlicher Weise gewollt".[84]) Wird das Papier vor der Emission gestohlen, so ergiebt sich demnach die gleiche Sachlage wie nach der Vertragstheorie. Eine Inhaberforderung ist nicht entstanden und der Kauf eines nicht emittirten Papiers ist Kauf einer nicht existirenden Forderung.

Wir haben hiernach, je nachdem wir die eine oder andere Theorie zu Grunde legen, zwei ganz verschiedene Entscheidungen unserer Frage. In dem einen Falle wird der redliche Käufer sich an den Aussteller zu halten haben, d. h. er wird von diesem die fällige Leistung beanspruchen können. In dem anderen Falle wird er gegen seinen Mitcontrahenten Regress nehmen müssen, während der Aussteller frei bleibt. Das Endergebniss wird dann sein, dass der Schaden, welcher durch das Abhandenkommen eines nicht emittirten Papiers entsteht, nach der Creationstheorie auf den Aussteller, nach den beiden anderen Ansichten auf einen der Erwerber zurückfällt. Der Aussteller kann zwar der Theorie nach auf den Dieb mit der actio furtiva zurückgreifen, wird aber damit in der Regel nichts erreichen, weil dessen Ermittelung entweder nicht gelingt oder die Regressnahme an der Mittellosigkeit desselben scheitert. Wird der Verkäufer in Anspruch genommen, so wird sich die Sache praktisch derart gestalten, dass der Schaden auf den ersten redlichen Nehmer fällt; denn in den meisten Fällen wird es diesem aus thatsächlichen Gründen nicht möglich sein, auf seinen Vormann zurückzugehen.

Von verschiedenen Anhängern der Vertragstheorie ist versucht worden, die aus derselben sich mit Nothwendigkeit ergebende Consequenz zu umgehen und in Uebereinstimmung mit der Creationstheorie den Aussteller eines nicht begebenen Papiers haftbar zu machen. So lässt Thöl[85]) den Aussteller eines Inhaberpapiers doch Schuldner aus demselben werden, auch wenn dasselbe von ihm nicht begeben, sondern wider seinen Willen in die Hände

[84]) Stobbe a. a. O. § 171 Anmerk. 21.
[85]) a. a. O. § 224 unter 4 und Anmerk. 8.

eines Dritten gelangt ist. Eine Begründung dieser Ansicht, welche der von ihm unmittelbar vorher ausgesprochenen Auffassung, dass der Aussteller durch die Begebung (Geben und Nehmen) verpflichtet werde, direkt entgegensteht, giebt Thöl nicht. Er beruft sicht nur auf die bereits erwähnte [86]) Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts, welches, wie er meint, „von dem tiefern Grunde, nämlich dem Glauben, dem Gefühl, der Ueberzeugung ausgeht, dass es so und nicht anders billig oder was gleich ist recht, dass es allein so recht und billig ist.“ Indem Thöl aber hinzufügt, dass die Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts wohl bald Gewohnheitsrecht werde, giebt er selbst zu, dass ein solches noch nicht existire. Wird aber die Thöl'sche Ansicht weder durch positives oder Gewohnheitsrecht getragen, noch von Rechtsgründen unterstützt, und steht sie ausserdem, wie es der Fall ist, mit Thöl's Auffassung der rechtlichen Natur der Inhaberpapiere im Widerspruch, so kann sie m. E. nur als eine willkürliche, von Billigkeitsrücksichten getragene Annahme sein, welche de lege lata nicht weiter in Betracht kommt.

Dasselbe gilt von der Ansicht Unger's,[87]) dass bei Ordre- und Inhaberpapieren im Interesse des Verkehrs zu Gunsten des gutgläubigen Dritten eine praesumtio juris et de jure dahin stattfinde, dass der erste Inhaber die Urkunde von dem Aussteller zu dem Zwecke empfangen habe, um den schriftlichen Vertrag abzuschliessen, mit anderen Worten, dass der erste Inhaber das Papier durch Begebungsvertrag erhalten habe, wenn das Abhandenkommen des Papiers dem Aussteller zur Last falle. Unger lässt also den nicht schuldigen Aussteller frei, sucht indess das Schuldmoment unter Zuhülfenahme einer rechtlichen Vermuthung mit der Vertragstheorie zu vereinigen. Unger war sich also klar, dass man allein vom Standpunkte der Vertragstheorie aus eine Verhaftung des Ausstellers nicht begründen kann. Die Zulässigkeit

[86]) Anmerk. 80 S. 55.

[87]) a. a. O. S. 125 Anmerk. 8.

jener Präsumtion ist jedoch von Unger nicht dargethan und wird wohl auch von keiner Seite anerkannt.

Binding[88]) endlich, gleichfalls Anhänger der Vertragstheorie, will den Aussteller allgemein auf Grund einer culpa verhaften, welche er darin sieht, dass der Aussteller durch die Ausfertigung nicht nur »selbst schon den Vertragsschluss eingeleitet, sondern auch den getreuen Inhaber zum Abschlusse mit dem ungetreuen durch die ganz allgemeine, der Begebung nirgends erwähnende Fassung der Urkunde geradezu verleitet habe.« Auch Binding sagt uns nicht, inwiefern eine derartige culpa, die sich nach der Vertragstheorie als aussercontraktliche darstellt, allgemein eine Haftung des Ausstellers begründen soll. Das Reichs-Oberhandelsgericht hat mit Recht hervorgehoben, dass »nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen« hier doch nur beim Vorliegen einer culpa lata von einer Ersatzpflicht des Ausstellers die Rede sein kann.

M. E. müssen die Versuche, von der Vertragstheorie aus die Haftung des Ausstellers eines nicht emittirten Papiers zu begründen, erfolglos bleiben.

Von den meisten Anhängern der Vertragstheorie wird indess auch ein solcher Versuch gar nicht gemacht, da sie das nach dieser Theorie sich ergebende Resultat, dass bei nicht emittirten Papieren der Aussteller nicht verhaftet sei, für billig und den Verkehrsbedürfnissen nicht widersprechend erachten. So sagt Goldschmidt[89]): »In Kollision der Interessen wird nicht immer die blosse bona fides geschützt; andernfalls verdiente der Nehmer eines unerkennbar gefälschten Wechsel- oder Inhaberpapiers sicher noch eher Rechtsschutz als der Nehmer eines vor der Begebung gestohlenen.« Aehnlich drückt sich Brunner[90]) aus: »Ist das Papier ohne Willen

[88]) Der Vertrag als alleinige Grundlage der Inhaberpapiere, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 10 S. 420.

[89]) In seiner Zeitschrift Bd. 23 S. 307.

[90]) In v. Holtzendorff's Rechtslexikon, 1881 Bd. 2 unter Inhaberpapiere S. 370.

des Ausstellers in Auslauf oder Umlauf gelangt, so ist derselbe nicht gebunden es einzulösen, gerade so wenig, wie er verpflichtet wäre, ein auf seinen Namen gefälschtes Inhaberpapier zu honoriren.« Gierke[91]) bezeichnet den entgegenstehenden Satz der Creationstheorie als unserm Rechtsbewusstsein widersprechend; die Rücksichten des Verkehrs seien nicht ausreichend, denselben zu begründen. Denn wenn es sich mit der Verkehrssicherheit vertrage, dass ein Inhaberpapier ungültig sei, wenn es von einem Geschäftsunfähigen ausgestellt oder wenn es gefälscht oder wenn bei dem Aussteller zur Zeit der Ausstellung ein wesentlicher Willensmangel vorhanden gewesen sei, so werde der Verkehr es auch ertragen, wenn ein ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangtes Inhaberpapier als ungültig behandelt werde.

Will man unsere Frage von dem Gesichtspunkte des Art. 307 des Handels-Gesetzbuchs aus entscheiden, so lässt sich gleichfalls kein einheitliches Resultat erzielen. Denn die Frage, ob dieser Artikel auf die Inhaberpapiere Anwendung finde, beantwortet sich ebenfalls nach den einzelnen Theorien verschieden. Vom Standpunkte der Emissions- und Vertragstheorie aus muss die Anwendbarkeit ausgeschlossen werden, da nach diesen Theorien vor der Emission von Inhaberpapieren nicht die Rede sein kann. Die ausgefertigten, aber nicht begebenen Papiere sind nur scheinbar Inhaberpapiere; mit ihnen ist noch kein Forderungsrecht verbunden, was ihnen erst das Charakteristicum als Inhaberpapier verleiht. Demzufolge bleibt bei dieser Auffassung das Eigenthum an dem gestohlenen etc. Papier als solchem, das nackte Sacheigenthum, bei dem Aussteller; er kann es gegen jeden, auch den bona fide Erwerber vindiciren und auf diese Weise dem Verkehr entziehen. Der gutgläubige Erwerber würde mithin einen Evictionsanspruch gegen seinen Vordermann haben, nach meinen früheren Ausführungen also dasselbe erlangen, wie wenn man Kauf einer nicht existirenden Forderung

[91]) a. a. O. S. 230.

annimmt. Stellt man sich aber auf den Standpunkt der Creationstheorie, so muss natürlich der Art. 307 zur Anwendung kommen; die gegentheilige Annahme würde sich in keiner Weise begründen lassen. Der Aussteller hat dem redlichen Erwerber gegenüber keine Vindicationsklage und er muss das Papier gegen sich gelten lassen.

Welcher Theorie das Handels-Gesetzbuch den Vorzug giebt, lässt sich schwer entscheiden. Pappenheim[92]) nimmt an, dass allein die Vertragstheorie dem Sinne und zugleich dem Texte des Art. 307 entspreche und glaubt sich dabei auf das Reichs-Oberhandelsgericht[93]) berufen zu können. M. E. geht aber aus den Entscheidungsgründen[94]) hervor, dass der Gerichtshof die Anwendbarkeit des in Rede stehenden Artikels auf nicht emittirte Papiere für zulässig hält, was mit der Vertragstheorie nicht vereinbar wäre.

Meine Ansicht geht hiernach dahin, dass nach dem heutigen Stande der Wissenschaft eine einheitliche Lösung unserer Frage bezüglich der nicht emittirten Inhaberpapiere nicht möglich ist. Dieselbe lässt sich nur auf legislatorischem Wege erreichen.

De lege ferenda halte ich nun allerdings die Verhaftung des Ausstellers eines vor der Begebung in Umlauf gekommenen Inhaberpapiers dem Rechtsbewusstsein und der Billigkeit entsprechend, und zwar unter dem vom Reichs-Oberhandelsgericht reprobirten Gesichtspunkt der Verschuldung. Hierbei ist allerdings nicht an eine Verschuldung zu denken, welche nach den jetzt geltenden Rechtsgrundsätzen in concreto zu einer Verurtheilung des Ausstellers führen müsste, sondern jene, welche de lege ferenda es rechtfertigt, den Aussteller durch positive Rechtsvorschrift haftbar zu machen. Entgegen der Auffassung des Reichs-Oberhandelsgerichts bin ich der Ansicht, dass der Aussteller zur Diligenz in der Aufbewahrung dem gesammten Publikum gegenüber verpflichtet ist, wie

[92]) a. a. O. S. 15.

[93]) Entscheid. Bd. 17 S. 149 fg.

[94]) a. a. O. S. 160. Vergl. auch Keyssner, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, zu Art. 307.

es Jedermanns Schuldigkeit ist, sein Handeln so einzurichten, dass Niemandem daraus Schaden entsteht. Die nachlässige Aufbewahrung von bereits fertig gestellten Inhaberpapieren kann aber für ein grösseres Publikum bedeutende Nachtheile mit sich bringen. Der Aussteller hat deshalb geeignete Vorkehrungen zu treffen, dass die Papiere nicht ohne seinen Willen in den Verkehr gebracht werden können. Ein Verschulden liegt aber fast immer vor, wenn ein Papier verloren geht[95]) und ebenso auch beim Diebstahl und bei Veruntreuung. Dazu kommt, dass doch wohl ausnahmslos die Ausstellung von Inhaberpapieren zunächst im Interesse des Ausstellers erfolgt und auch aus diesem Grunde der Schaden, welcher etwa aus der Ausstellung entsteht, diesem an erster Stelle aufzulegen ist. Eine Gegenüberstellung der unechten und der nicht emittirten Papiere ist unzulässig; bei dem unechten Papier trifft denjenigen, dessen Name unter der Urkunde steht, auch nicht der Schein einer Verschuldung.[96])

Der Gedanke der Verschuldung liegt m. E. auch dem Art. 307 des Handelsgesetzbuchs zu Grunde. Denn wenn auch die utilitas commercii eine derartige Bestimmung wünschenswerth erscheinen lässt, so wird sich der Gesetzgeber doch nur dann zu einer so tief einschneidenden, von der sonstigen Rechtsanschauung so erheblich abweichenden Norm verstehen, wenn er bei Abwägung der beiderseitigen Interessen zu dem Schlusse kommt, dass der Verlierer weniger Schutz verdiene als der gutgläubige Erwerber. Zu diesem Resultat kann er aber nur kommen auf Grund der Erwägung, dass

[95]) Geräth ein Papier z. B. während der Versendung in Verlust, so wird sich der Aussteller an die betreffende Beförderungsanstalt halten und von diesem Schadloshaltung fordern können.

[96]) Hierbei setze ich allerdings voraus, dass der angebliche Aussteller an der Ausstellung ganz unbetheiligt war. Die Frage, in wieweit er ersatzpflichtig zu machen ist, wenn er durch sein Verhalten die Fälschung ermöglicht, z. B. Blankets mit seiner Namensunterschrift nicht verwahrt hat, lasse ich hierbei unerörtert.

der Besitzer eher im Stande sei, den Verlust zu verhüten, als der Erwerber, den Erwerb gestohlener etc. Papiere zu vermeiden.

Hiernach halte ich die Vorschrift des § 686 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für praktisch wünschenswerth.

VII.

Verkauf ausserkursgesetzter Inhaberpapiere.

Die gesteigerte Negociabilität der Inhaberpapiere bringt für den Berechtigten die Gefahr, sein Recht aus dem Papier zu verlieren, sei es, dass der unredliche Erwerber das Papier zur Einlösung präsentirt und Zahlung erhält, sei es, dass dasselbe in die Hände eines gutgläubigen Erwerbers kommt, der damit alle Rechte an und aus dem Papier erwirbt, so dass dem Verlierer gemäss Art. 306 und 307 des Handels-Gesetzbuchs keinerlei Ansprüche gegen ihn zustehen. Für die Besitzer von Inhaberpapieren, welche dieselben hauptsächlich behufs zinsbarer Anlegung ihrer Kapitalien erwerben und deshalb von einer Weiterveräusserung innerhalb absehbarer Zeit Abstand zu nehmen gedenken, für die Anlegung von Mündelgeldern und für Papiere, welche Korporationen, Stiftungen u. s. w. erwerben, ebenso für die als Amtskautionen hinterlegten Papiere ist es erwünscht, diese Gefahren, wenn auch auf Kosten der leichten Begebbarkeit zu vermeiden. Diesem Zweck dient die sog. Ausserkurssetzung, auch Vinculirung, Festmachung, Sperrung[97]) genannt. Durch die Ausserkurssetzung verliert die Forderung aus dem Papier ihren Charakter als Inhaberforderung und wird eine persönliche Forderung desjenigen, zu dessen Gunsten die Vinculirung erfolgt ist. Die Inhaberpapiere werden durch die

---

[97]) Die Ansichten über die Zulässigkeit der Ausserkurssetzung gehen weit auseinander. Namentlich macht man gegen dieselbe, m. E. nicht mit Unrecht, geltend, dass sie lediglich zum Zwecke der Sicherung des Gläubigers vorgenommen werde und in das jus quaesitum des Ausstellers, an jeden Inhaber ohne Legitimation zu zahlen, eingreife.

Ausserkurssetzung in Rektapapiere verwandelt.[98]) Die Forderung geht nicht mehr durch blosse Uebergabe der Urkunde vor sich, sondern nur in der Weise, wie alle gewöhnlichen Forderungen; der Aussteller darf nur dann an den Präsentanten zahlen, wenn dieser den Nachweis führt, dass er diejenige Person ist, für welche das Papier festgemacht ist, oder deren Cessionar oder Erbe. Die durch Art. 307 des Handelsgesetzbuchs eingeführte Vindicationsbeschränkung findet auf ausserkursgesetzte Inhaberpapiere keine Anwendung. Selbst wenn man auch nicht anerkennen wollte, dass die Natur der Inhaberpapiere durch die Ausserkurssetzung geändert werde, so ergiebt sich doch schon die Nichtanwendbarkeit des Art. 307 aus der Natur der Sache, denn die Ausserkurssetzung soll ja gerade die mit jenem Artikel verbundenen Gefahren beseitigen.

Hiernach wird die Forderung aus einem Inhaberpapier durch die Ausserkurssetzung einer wesentlichen Eigenschaft, der Begebbarkeit im Wege der einfachen Tradition der Urkunde, entkleidet. Indess begründet dieser Mangel keinen Regressanspruch gegen den Verkäufer. Denn da es überall Erforderniss ist, dass der Ausserkurssetzungsvermerk auf dem Papier anzubringen ist und Dritten gegenüber nur wirkt, wenn er aus der Urkunde zu ersehen ist, so kann man von dem Käufer eines Papiers mit einem solchen Vermerk nicht annehmen, dass er sich in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe. Man wird sagen müssen, dass er in dolo versire, wenn er behauptet, den Vermerk nicht gesehen zu haben und darauf Ansprüche zu stützen sucht.

Landesgesetzlich ist das Institut der Ausserkurssetzung mehrfach zugelassen, aber sehr verschiedenartig geregelt; namentlich weicht auch die Form der Ausserkurssetzung sehr von einander ab; regelmässig erfolgt sie aber durch einen auf der Urkunde anzubringenden Vermerk. Vergl. hierüber Brunner a. a. O. S. 214 fg. Nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches soll die Ausserkurssetzung nicht mehr zugelassen werden. Der Entwurf (§ 700) lässt nur noch die Umschreibung auf den Namen durch den Aussteller zu.

[98]) So die richtige Ansicht. Vergl. Brunner in v. Holtzendorff's Rechtslexicon 1881 Bd. 2, unter Inhaberpapiere, S. 368.

Die Ausserkurssetzung kann aber durch die Wiederinkurssetzung aufgehoben werden, wodurch das Papier wieder in freien Verkehr gesetzt wird und diejenigen Eigenschaften zurückerlangt, die es vor der Festmachung besessen hatte. Hier haben wir nun die Frage zu entscheiden, wie sich das Rechtsverhältniss zwischen Verkäufer und Käufer gestaltet, wenn der Inkurssetzungsvermerk gefälscht ist. Der gefälschte Vermerk ist natürlich einflusslos — das Gegentheil wäre gegen den Zweck der Ausserkurssetzung — und das Papier hört nicht auf, ein ausserkursgesetztes zu bleiben; die Forderung bleibt eine Rektaforderung, welche nur in der Form der Cession übergehen kann. Die Forderung ist trotz des Umlaufs des Papiers bei demjenigen geblieben, zu dessen Gunsten die Vinculirung erfolgt ist bz. bei seinem Rechtsnachfolger, und das Papier selbst unterliegt nach wie vor der Vindicirung, auch gegen den gutgläubigen Erwerber. Der Art. 306 kommt nicht in Betracht, da es sich bei gefälschten Inkurssetzungsvermerken nur um veruntreute Papiere handeln kann. Hierbei ist nach meiner Auffassung die Vindication nicht die Klage, welche demjenigen, der das Recht an dem Papier hat, das Recht aus dem Papier verschaffen soll, sondern sie dient nur dazu, demjenigen, welcher das Recht an und aus dem Papier hat, auch den Besitz zu verschaffen. Die Forderung kommt hierbei gar nicht in Betracht. Der redliche Erwerber, welchem das Papier evincirt wird, kann von dem Verkäufer das Evictionsinteresse beanspruchen, welches sich auch hier nach den oben unter III ausgeführten Grundsätzen bemisst.

VIII.

Verkauf ausländischer nicht gestempelter Papiere.

Nach dem Reichsgesetz vom 8. Juni 1871 [99]) dürfen ausländische Inhaberpapiere mit Prämien, d. h. solche auf den Inhaber lautende

[99]) Reichsgesetzblatt S. 210 und 211.

Schuldverschreibungen, in welchen allen Gläubigern oder einem Theil derselben ausser der Zahlung der vorgeschriebenen Geldsumme eine Prämie dergestalt zugesichert wird, dass durch Ausloosung oder durch eine andere auf den Zufall gestellte Art der Ermittelung die zu prämiirenden Schuldverschreibungen und die Höhe der ihnen zufallenden Prämie bestimmt werden sollen, in Deutschland weder weiterbegeben, noch an den Börsen oder anderen zum Verkehr mit Werthpapieren bestimmten Versammlungen zum Gegenstand eines Geschäfts oder einer Geschäftsvermittelung gemacht werden, sofern dieselben nicht vor dem 1. Mai 1871 ausgegeben und in der durch das Gesetz vorgeschriebenen Weise abgestempelt sind.

Hanausek [100]) nimmt an, dass solche Prämienpapiere, wenn sie gar nicht oder nicht vorschriftsmässig gestempelt sind, mit einem ex pacto oder ex lege zu vertretenden Sachmangel behaftet seien und dass dieserhalb dem Käufer die ädilicischen Rechtsmittel zuständen.

Noch weiter geht das Reichs-Oberhandelsgericht.[101]) Dasselbe betrachtet Prämienpapiere mit gefälschten Stempeln da, wo die Absicht der Contrahenten auf gestempelte Papiere ging, als Werthpapiere ganz anderer Art und erklärt deshalb den Irrthum, in welchem der Käufer versirte, als er Stücke mit gefälschten Stempeln annahm, als einen wesentlichen und die Lieferung daher wegen wesentlichen Irrthums als nichtig, als Erfüllungs-Versuch.

Diesen Ansichten vermag ich nicht beizutreten.

Gegen die Annahme eines vitium im Sinne des ädilicischen Edikts ist einzuwenden, dass hier ein solcher Mangel thatsächlich

[100]) a. a. O. S. 371. In gleichem Sinne hatte in dem in Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 20 S. 418 mitgetheilten Fall, in welchem es sich um Lieferung von österreichischen Creditloosen mit gefälschten Stempeln handelte, der erste Richter sich ausgesprochen: „Der Mangel der Stempelung ist nur ein vitium im Sinne des Aedilen-Edikts und es stehen dem Käufer nur die ädilischen Klagen zu."

[101]) In dem in voriger Anmerkung bezeichneten Falle.

nicht vorliegt. Unter Mangel im Sinne des Edikts dürfen wir nur die körperlichen Fehler der Sache selbst verstehen, welche die Gebrauchsintegrität derselben beeinträchtigen und sich als Abweichungen von der normalen physischen Beschaffenheit darstellen. Als einen solchen Mangel wird man aber das Fehlen eines echten Stempels bei Prämienpapieren nicht ansehen können. Eine Jagdflinte, deren Lauf fehlerhaft construirt ist, ist offenbar mit einem ädilicischen Fehler behaftet. Wird man dasselbe sagen wollen, wenn in einem Lande, wo nach gesetzlicher Vorschrift nur solche Handfeuerwaffen feilgehalten werden dürfen, welche bezüglich ihrer Läufe und Verschlüsse in amtlichen Prüfungsanstalten geprüft und mit einem Prüfungszeichen versehen sind, ein solches Prüfungszeichen an einer Waffe fehlt oder gefälscht ist?[102]) Doch wohl kaum; es wäre dies eine ganz willkürliche Ausdehnung des ädilicischen Edikts. Aehnlich liegt aber in Deutschland die Sache für die Inhaberpapiere. Die Stempelung ist weiter nichts als das, wenn auch allein zugelassene Beweismittel, dass die Papiere in Deutschland gehandelt werden dürfen.

Gegen die Anwendung der ädilicischen Rechtsmittel spricht aber auch der Umstand, dass man in diesem Falle den Vertrag als gültig behandeln muss. Sollen wir uns nun den Fall denken können, dass derselbe Richter als Strafrichter die Contrahenten wegen des Vertragsschlusses in Strafe nimmt, dann aber als Civilrichter unter Anerkennung der Gültigkeit des Vertrags wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache dem Käufer auf Grund der actio aestimatoria eine Entschädigung zuspricht, oder mit anderen Worten, dürfen wir das Gesetz vom 8. Juni 1871 als eine lex minus quam perfecta ansehen? Dies wäre gegen die ratio legis. Denn es war die Absicht des Gesetzes, unsolide Unternehmen zu verhindern und die Spiellust ein-

[102]) Derartige gesetzliche Vorschriften bestehen seit längerer Zeit in Belgien, England und Frankreich und sind auch für Deutschland durch das Reichsgesetz vom 19. Mai 1891 eingeführt worden.

zudämmen. Diese Absicht würde aber vereitelt, wenn die Verträge als gültig angesehen würden. Wenn der Gesetzgeber die Nichtigkeit der Verträge über die hier in Rede stehenden Papiere nicht aussprach, konnte er dies nur in der Annahme thun, dass die Nichtigkeit aus dem civilen Rechte sich ergebe.[103])

Ebensowenig stimme ich dem Reichs-Oberhandelsgericht bei, dass ein ungestempeltes Prämienpapier als eine alia res anzusehen sei. Soll denn der Vertrag gültig sein, wenn beider Contrahenten Absicht ursprünglich auf falsch gestempelte ging?

Meiner Ansicht nach sind vielmehr Prämienpapiere, die nicht den Vorschriften des erwähnten Gesetzes entsprechend gestempelt sind, in Deutschland als dem Verkehr entzogene Sachen, als sog. res extra commercium anzusehen.[104])

Zur Begründung dieser Ansicht werden wir auf den Begriff und das Wesen der res extra commercium etwas näher einzugehen haben.

Von den neueren Schriftstellern werden die res extra commercium verschiedentlich definirt. Man bezeichnet sie als Sachen, „welche dem Verkehr entzogen sind“ oder „welche nicht in das Eigenthum von Privatpersonen kommen sollen und nicht Gegenstände von Rechtsgeschäften sein können“ oder, „welche nicht fähig sind, Gegenstand von Rechten der Privatpersonen und daher Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs zu sein.“

Wappäus, welcher in seiner preisgekrönten Schrift[105]) über die res extra commercium diese Lehre wesentlich gefördert hat,

---

[103]) Dass dies der Fall ist, wird unten nachzuweisen sein.

[104]) So auch Brunner a. a. O. S. 210. Auch das Reichs-Oberhandelsgericht bezeichnet in dem erwähnten Erkenntniss ungestempelte Creditloose für den Umfang des Deutschen Reichs als res extra commercium, legt aber diesen Umstand seiner Entscheidung nicht zu Grunde.

[105]) Wappäus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach röm. und heutigem Recht. Göttingen 1867. Ueber dieselbe Berchthold, kritische Vierteljahrsschrift, Bd. XIII S. 119 fg. Vgl. auch von Holtzendorff, de rebus quarum commercium non est. Dissert. Berol. 1852.

bezeichnet die dem Verkehr entzogenen Gegenstände als Sachen, „die zwar an sich einen Vermögenswerth besitzen, Bestandtheile von Vermögensganzen bilden können, vom Rechtsverkehr der Privatpersonen aber und damit vom Privatrecht ausgeschlossen sind.[106])“

Keine dieser Definitionen scheint mir befriedigend, da sie m. E. alle ohne Ausnahme zu eng sind, nicht alle hierher gehörigen Gegenstände in's Auge fassen und auch nicht genügenden Anhalt dafür bieten, inwieweit eine Sache zu den res extra commercium gerechnet werden kann oder nicht.

Das römische Recht giebt eine Begriffsbestimmung des extra commercium esse nicht, wie es auch den Ausdruck „res extra commercium“ nicht kennt. Derselbe ist erst von den neueren Schriftstellern in die Rechtssprache eingeführt worden. Die Quellen führen überall nur beispielsweise res extra commercium an und bedienen sich dabei der Wendungen „res quarum commercium non est,“ „quae haberi non possunt,“ „quae venire non possunt“ [107]) und ähnlicher, und bezeichnen damit eine Seite der Extracommerzialität, ohne das Wesen, den Grund und die Voraussetzung derselben näher zu erläutern. Um zu dem Begriff des extra commercium esse auf Grund der Quellen zu gelangen, werden wir deshalb zunächst festzustellen haben, welche Gegenstände das römische Recht unter die gemeinsame, nach gleichen Rechtsregeln zu behandelnde Klasse von Sachen rechnete, die wir heutzutage als res extra commercium zu behandeln pflegen.

Sehen wir von den res communes omnium ab, nämlich der atmosphärischen Luft, dem fliessenden Wasser, dem Meer und den Meeresküsten,[108]) welche für die Rechtswissenschaft nicht weiter in Betracht kommen, da sie nicht Gegenstände eines Vermögensrechts sein können, so sind es vor allen Dingen die res juris divini, näm-

---

[106]) Wappäus a. a. O. S. 1.

[107]) l. 4 l. 6 pr. D. de contr. emt. 18, 1; l. 1 § 2 D. quae res pign. 20, 3; l. 39 § 10 D. de leg. I; l. 62 D. de acqu. rer. dom. 41, 1; tit. C. 4, 40.

[108]) § 1 J. de div. rer. 2, 1.

lich die res sacrae, res religiosae und res sanctae, sowie die für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen: die res in publico usu, z. B. flumina publica, viae publicae, loca publica, welche unbestritten unter die res extra commercium fallen. Denn wir sehen beide Arten von Sachen überall in den Quellen den gleichen Rechtsregeln unterworfen.[109]) Die Ausschliessung der res divini juris vom Verkehr beruhte auf der religiösen Anschauung der Römer. Nach ihr waren diese Gegenstände dem ausschliesslichen Dienste der Götter geweiht; an ihnen war überhaupt eine menschliche Berechtigung, eine menschlicher Anspruch irgend welcher Art ausgeschlossen; sie waren res nullius (scil. hominis).[110]) Dem gemeinen Gebrauch gewidmete Sachen konnten zwar im Eigenthum des betreffenden Staates oder der betreffenden Gemeinde, möglicherweise auch einer Privatperson stehen,[111]) entzogen sich aber in Folge dieser ihrer Bestimmung für den gemeinen Gebrauch allen Rechtsgeschäften, welche dieser Bestimmung entgegenliefen.

Dass in der l. 6 pr. D. de cont. emt. 18, 1: Sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem te emere non posse, nec cujuscunque rei, si scias alienationem non esse: ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non est, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius, die sacra und religiosa loca den publica loca gegenübergestellt und letztere nur als res, quarum commercium non est bezeichnet werden, kommt nicht weiter in Betracht, da beide Arten von Sachen sonst überall als eine Klasse behandelt werden.

Manche der oben angeführten Definitionen scheinen nur diese beiden Arten von Sachen, die allerdings im eminenten Sinne des Worts res extra commercium sind, ins Auge zu fassen. Für eine solche Beschränkung liesse sich auch unter Umständen geltend machen, dass die Quellen überall da, wo sie die Wirkung der

[109]) Vergl. z. B. l. 83 § 5 u. l. 137 § 6 D. de V. O. 45, 1.
[110]) § 7 J. de div. rer. 2, 1.
[111]) Windscheid a. a. O. Bd. 1 § 146.

Extracommercialität besprechen, nur diese beiden Klassen anführen.

Indess geht aus den Quellen mit Sicherheit hervor, dass der Kreis der res extra commercium grösser war. Zum Beweis dessen werden wir zunächst die l. 34 § 1 D. de contr. emt. 18, 1 anzuführen haben: Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. Hier werden drei Entstehungsgründe der Extracommerzialität aufgeführt, die naturalis ratio, das jus gentium und die mores civitatis. Hieraus ergiebt sich, dass der Kreis der res extra commercium nicht ein feststehender, begrenzter ist, sondern dass er sich je nach den Zeitanschauungen, Sitten und Gewohnheiten der Bürger, kurz aus polizeilichen Gründen, dieses Wort im weitesten Sinne genommen, einschränken und erweitern kann. Aus dem in der Stelle gebrauchten Worte „mores“ dürfen wir aber auch weiter schliessen, dass die verschiedensten Sachen durch positive Rechtssetzung dem Verkehr entzogen werden können, oder mit anderen Worten, dass die von bestimmten Veräusserungsverboten betroffenen Sachen als res extra commercium anzusehen und mit den res juris divini und res publicae zu einer Klasse zu rechnen sind. Denn „mores“ bedeutet im Sprachgebrauch des römischen Rechts nicht blos Sitten, sondern auch die positiven Gesetze des Staates, wie dies auch dem Werdegang des Rechts entspricht, denn was zuerst als Sitte geübt wurde, kleidete man später in Gesetze ein.

Zu den Gegenständen nun, welche wir nach römischem Recht zu den durch Gesetze zu res extra commercium gemachten Sachen zu rechnen haben, gehören Baumaterialien stehender Gebäude, sofern der Kauf zu Speculationszwecken erfolgt,[112]) venena mala, libri prohibiti, fundus dotalis, res litigiosae und die praedia in patrimonio Caesaris.

[112]) l. 2 C. de aedif. priv. 8, 10; l. 48 D. de damno inf. 39, 2.

Die Zulässigkeit der Bezeichnung dieser Gegenstände als res extra commercium, welche ich aus l. 34 cit. hergeleitet habe, lässt sich aber auch durch Quellenstellen positiv begründen.

So bestimmt die l. 35 § 2 D. de contrah. emt. 18, 1, dass der Verkauf der venena mala ungültig sei und bedient sich dabei derselben Ausdrucksweise wie dort, wo von res divini juris oder res publicae gesprochen wird.[113]) In l. 4 § 1 D. fam. hercisc. 10, 2 werden die libri prohibiti den venena mala ganz gleichgestellt.

Ferner sehen wir in l. 1 § 2 D. quae res pign. 20, 3 den Begriff der Extracommercialität auf die res litigiosae wegen des für dieselben bestehenden Veräusserungsverbotes ausgedehnt. Ebenso werden in l. 39 § 10 D. de legatis I die praedia in patrimonio Caesaris d. h. die dem Kaiserlichen Fiskus gehörigen Grundstücke für alle Personen, ausser dem Kaiser, als res, quarum commercium non est, bezeichnet und die Legate darüber für ungültig erklärt. Hinsichtlich des fundus dotalis gilt nach l. l. 4, 5, 16 D. de fundo dot. 23, 5 das Gleiche wie hinsichtlich der vorgenannten Gegenstände.

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch die zweite Klasse von Gegenständen ebenso wie die res juris divini und res publicae als res extra commercium zu betrachten sind. Wir haben also nach römischer Anschauung zwei in Rücksicht auf ihren Ursprung sich streng von einander scheidende Klassen von sog. res extra commercium. Entweder ist es die herrschende religiöse Anschauung oder die Bestimmung der Sachen, welche sie dem Privatrecht entziehen, wie bei den res juris divini oder res publicae, oder die Einreihung unter die res extra commercium beruht auf besonderen gesetzlichen Vorschriften, welche aus Gründen der allgemeinen Wohlfahrt, der öffentlichen Sicherheit u. s. w. erlassen sind, wie hinsichtlich der venena mala oder der libri prohibiti, oder privatrechtliche Interessen schützen sollen, in welcher Hinsicht der fundus dotalis und die res litigiosae in Betracht kommen.

[113]) Vergl. z. B. l. 4 D. de cont. emt. 18, 1.

Wir haben also im Vorstehenden zwei für die Begriffsbestimmung des extra commercium esse wesentliche Momente gefunden. Zunächst, dass der Kreis der res extra commercium nicht ein feststehender, ein für allemal begrenzter ist, sondern dass er sich je nach der Zeitanschauung, den Tendenzen der gesetzgebenden Gewalten einschränken oder erweitern kann, dass also durch Gewohnheit und Gesetz gewisse Gegenstände zu res extra commercium gemacht oder auch aus denselben ausgeschieden werden können. Zweitens, dass zu dem Begriffe des Extracommercium nicht die volle Ausschliessung sämmtlicher Privatrechtsverhältnisse gehört, dass vielmehr schon das blosse Verbot der Veräusserung einer Sache, selbst nur während eines bestimmten Zeitraums, dieser ihren Platz unter den res extra commercium anweist. Letzteres liegt auch in dem Worte commercium, welches von Ulpian definirt wird als emendi vendendique invicem jus. Hiernach glaube ich den Begriff der res extra commercium dahin fassen zu können, dass sie solche Gegenstände sind, welche zufolge ihrer Bestimmung oder Beschaffenheit einerseits, oder auf Grund gesetzlicher Anordnung[114]) oder ausdrücklichen Gewohnheitsrechts andererseits nicht veräussert werden sollen. Inwieweit sich im Einzelnen die Ausschliessung vom Verkehr erstreckt, lässt sich nicht allgemein beantworten, sondern ist in dem concreten Falle aus der Ursache der Extracommercialität herzuleiten.

Wird diese Begriffsbestimmung als richtig angenommen, so macht die Subsumirung der verbotenen Inhaberpapiere unter die res extra commercium keine Schwierigkeiten. Das gesetzliche Verbot solcher Papiere will den Verkehr mit denselben in Deutschland verhindern oder doch erschweren. Mithin ist den Voraussetzungen der Extracommercialität genügt.

114) So wurde durch ein Decret der französischen Regierung der nationalen Vertheidigung vom 29. September 1870 alles in den magasins entrepôts gelagerte Korn und Mehl ausser Verkehr gestellt.

Nach dieser Begründung meiner Auffassung, dass die Prämienpapiere in Deutschland als res extra commercium anzusehen sind, ist noch die Erörterung der weiteren Frage nothwendig, wie die Kaufverträge über solche Sachen zu behandeln, ob sie als gültig oder ungültig anzusehen sind, da die Ansichten hierüber sehr weit von einander abweichen.

Eine unbedingte Gültigkeit wird von keiner Seite behauptet. Dagegen wird von manchen Schriftstellern, und darunter von keinem geringeren als Savigny, die Gültigkeit für den Fall angenommen, dass der Käufer die Eigenschaft der Sache als res extra commercium nicht kannte oder wenigstens nicht zu kennen brauchte, sich also in einem entschuldbaren Irrthum befand.[115]) Andere Schriftsteller dagegen behaupten Nichtigkeit solcher Verträge schlechthin,[116]) gleichviel, ob beide Theile irrten, ob der Irrthum von dem anderen Theile erzeugt war oder nicht, ob er entschuldbar oder nicht entschuldbar war. Die Ursache dieses Streites liegt darin, dass die römischen Juristen selbst anscheinend verschiedener Ansicht gewesen sind und das Justinianische Gesetzbuch, ohne einer Meinung ausdrücklich den Vorzug zu geben, für beide Ansichten sprechende Stellen enthält. Für die absolute Nichtigkeit der Verträge werden hauptsächlich folgende Stellen angeführt:

1. L. 22 D. de contr. emt. 18, 1 Ulpian lib. 28 ad Sabinum. l. 23 D. eod. Paulus lib. 5 ad Sabinum. l. 24 D. eod. Ulpian lib. 30 ad Sabinum:

Hanc legem venditionis, si quid sacri vel religiosi est, ejus

[115]) Savigny, a. a. O. II. S. 289 fg.; Römer a. a. O S. 86 ff.; Brinz in der Kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. V Jahrgang 1857.

[116]) Mommsen, Beiträge I, Braunschweig 1853 S. 118 fg. Ihering, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts IV S. 1 fg. Windscheid in der Kritischen Zeitschrift für die ges. Rechtswissenschaft Bd. II Jahrgang 1855 S. 116 ff. Windscheid, a. a. O. Bd. 2 § 315. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 1883 I S. 545 fg.

venit nihil, supervacuam non esse, sed ad modica loca pertinere. Ceterum si omne religiosum, vel sacrum, vel publicum venierit, nullam esse emptionem.

Et quod solverit eo nomine, emptor condicere potest.

In modicis autem ex empto esse actionem: quia non specialiter locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni majoris partis accessit.

2. L. 34 § 1 D. de contr. emt. 18, 1 Paulus lib. 33 ad Edict.

Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

3. L. 62 § 1 D. de contr. emt. 18, 1 Modest. l. 5 Regular.

Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur.

4. L. 8 § 1 D. de religiosis 11, 7 Ulpian l. 25 ad Edict.

„Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.

5. L. 1 C. de sepulchro violato 9, 19 Imp. Gordianus.

Res religioni destinatas, quinimo jam religionis effectas scientes, qui contigerint, et emere et distrahere non dubitaverint: tametsi jure venditio non subsistat, laesae tamen religionis inciderunt in crimen.

Sehen wir von der Stelle unter 4 ab, auf deren Beweiskraft für die Ungültigkeit der Verträge ich selbst nicht viel Werth lege, so sprechen doch die unter 2, 3 und 5 angeführten Stellen die Nichtigkeit der Kaufverträge über res extra commercium in klarer und unzweideutiger Weise aus; das Gegentheil aus denselben herauszulesen, kann m. E. nur einer gesuchten Interpretation gelingen. Römer a. a. O. S. 86 hält es z. B., um die gegentheilige Ansicht zu begründen, gegenüber der Stelle unter 2 für möglich,

dass man als Regel den Satz aufstellt, der Kauf über eine res extra commercium ist nichtig, und den Satz, der Kauf ist gültig, wenn der Käufer jene Eigenschaft nicht kennt, als Ausnahme behandelt. Dieser Ansicht Römer's wird man indess wohl kaum beipflichten können. Oder sollte man wirklich das als Ausnahme gelten lassen, was doch in der Praxis fast ausschliesslich die Regel bildet? Denn die Ausnahme kann doch nur der wissentliche Kauf einer res extra commercium bilden. Zu welchem Zweck soll man Kaufverträge schliessen, wenn man die Umöglichkeit ihrer Erfüllung von vornherein kennt? Würde der Jurist aber auch die Regel so abstrakt hingestellt haben, wenn dieselbe einer so weitgreifenden Ausnahme unterworfen gewesen wäre? Auch glaubt Römer den Ausdruck nulla venditio dahin verstehen zu können, dass nur der unwissende Käufer nicht an den Kauf gebunden sei; wofür er auch die l. 62 § 1 cit. verwerthen will, weil nach dieser nur der unwissende Käufer nicht gebunden werde, womit zugleich der Beweis dieser Stelle gegen die Gültigkeit aufgehoben wäre. Dass diese Interpretationen Römer's sehr gewunden sind, dürfte leicht einleuchten.

Was nun die l. l. 22, 23 und 24 D. cit. anlangt, so giebt Mommsen von ihr folgende Paraphrase: »Wenn bei dem Verkaufe eines Grundstücks ausgemacht wird, dass diejenigen loca, welche etwa sacra oder religiosa sein sollten, nicht mit verkauft seien (dass der Verkäufer also nicht dafür hafte, dass nicht einige Theile des Grundstücks dem Verkehr entzogen seien), so ist diese Verabredung nicht überflüssig (der Kauf wird aufrecht erhalten, und der Verkäufer ist, vorausgesetzt, dass er nicht in dolo war, von der Haftung befreit), insofern nur geringere Theile des Grundstücks, modica loca, dem Verkehr entzogen sind. Ist aber der Gegenstand der Obligation seinem ganzen Umfange nach dem Verkehr entzogen, so ist die obige Verabredung überflüssig, in diesem Falle ist nämlich der Verkauf nichtig. Wenn aber nur geringere Theile der verkauften Sache dem Verkehr entzogen sind, so ist der Verkauf an sich gültig, und es wird (falls nicht

eine entgegengesetzte Verabredung getroffen ist) die actio ex empto (auf Entschädigung) zugelassen, weil der locus sacer oder religiosus nicht für sich zum Gegenstande des Kaufkontrakts gemacht ist, sondern nur ein accessorium der verkauften Sache bildet, welche ihrem grösseren Theil nach verkauft werden konnte.«

Diese Erklärung Mommsen's hält Römer a. a. O. an sich für »durchaus möglich«, will aber doch einer anderen Auslegung dahin den Vorzug geben, dass die Nichtigkeit des Kaufs, wo das Ganze dem Verkehr entzogen ist, lediglich aus der Verabredung: si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil herzuleiten sei und dass damit jede Beweiskraft der Stelle für die Nichtigkeit des Kaufs über eine res extra commercium überhaupt beseitigt sei.

Mit Rücksicht auf die von Mommsen vorgetragenen Gründe trete ich dessen Ansicht bei und möchte für sie noch Folgendes beibringen. Die Frage, ob die hier in Rede stehende Clausel »si quid« überflüssig sei, konnte doch nur dann aufgeworfen werden, wenn allgemeine Nichtigkeit eines Vertrages über eine res sacra angenommen wurde. Denn setzte man Gültigkeit des Kaufes beim Nichtwissen voraus, — und Nichtwissen muss man von vornherein annehmen, da die Aufstellung einer Bedingung die Zweifelhaftigkeit derselben vorausetzt, — so könnte man überhaupt nicht auf den Gedanken kommen, sie sei überflüssig, denn ihr Zweck läge dann offen vor Augen, sie diente dazu, um den Verkauf hinsichtlich der modica loca nichtig zu machen, also den Verkäufer von weiterer Haftpflicht zu befreien, wäre also zum Schutze des Verkäufers getroffen. Die Clausel könnte also bei Annahme der Gültigkeit des Vertrags über eine res sacra nie und nimmer als überflüssig gedacht werden; nur bei Annahme der Ungültigkeit ist dies der Fall. Der Jurist verneint aber die Ungültigkeit des Vertrags, wenn nur modica loca, also verhältnissmässig kleine Theile des Grundstücks extra commercium sind. Es wird also hier dieselbe Entscheidung getroffen, wie in l. 57 pr. D. de cont. emt. 18, 1, wo auch der Verkauf eines vollständig abgebrannten Hauses für ungültig angesehen

wird, dagegen für gültig, wenn mehr als die Hälfte stehen geblieben ist.

Im Uebrigen würden die l. 22 und 24 bei der Römer'schen Auffassung mit der l. 8 § 1 D. de rel. 11, 7 in Widerspruch stehen, obgleich diese drei Stellen von Ulpian herrühren.

Dagegen sind auf der anderen Seite in den Quellen Stellen enthalten, welche die gegentheilige Ansicht ebenso bestimmt aussprechen. Es sind dies vor Allem l. 4—6 pr. D. de cont. emt. 18, 1:

Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab ignorante emitur.

Quia difficile dignosci potest liber homo a servo.

Sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem te emere non posse: nec cujuscunque rei, si scias alienationem non esse, ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.

Ferner § 5 J. de empt. 3, 23:

Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit, quae tamen, si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.[117])

Hiernach wird, so lange nicht eine befriedigende Auslegung der Stellen gefunden ist, durch welche ihre Uebereinstimmung erzielt würde, was bisher nicht geschehen ist, ein Widerspruch der Stellen angenommen werden müssen, wenngleich das Missliche einer solchen Annahme nicht zu verkennen ist, da die gegentheiligen Ansichten zum Theil in einem und demselben Titel sich ausgesprochen finden und in Folge dessen der Widerspruch den Compilatoren leicht zum Bewusstsein hätte kommen müssen.

[117]) Vergl. hierzu noch:

l. 34 § 2 und l. 70 D. de contr. emt. 18, 1; l. 39 § 3 D. de evict. 21, 2; l. D quib. ad libert. 40, 13; l. 25 C. de evict. 8, 45.

Ich nehme deshalb mit Windscheid[118]) an, dass für die Gültigkeit des Kaufes einer res extra commercium kein genügendes Zeugniss in den Quellen vorhanden, der Kaufvertrag über eine solche Sache nichtig ist.

Wie stellt sich nun das Verhältniss für den Käufer, wenn wir Nichtigkeit des Vertrags annehmen? Er hat die gekaufte Sache, wenn sie ihm bereits tradirt war, mit allem Zubehör zurückzugeben, in unserm Falle also die Papiere und die seit der Uebergabe erzielten Zinsen, und erhält dafür den etwa gezahlten Kaufpreis nebst Zinsen. Den Kaufpreis kann er nöthigenfalls mittels der condictio sine causa zurückverlangen.

Wer aber trägt die Kosten, die durch Abschluss des nichtigen Geschäfts, durch die Zusendung der Papiere u. s. w. entstanden sind? Nach den Grundsätzen des römischen Rechts, welches den Schaden, der beim Verkauf einer mangelhaften Sache entstand, stets dem Verkäufer auferlegte, werden wir diesen auch bei Nichtigkeit des Vertrags für den Schaden verantwortlich machen können, welcher dem Käufer dadurch entstanden ist, dass er sich auf das Zustandekommen eines Vertrags verliess. Nur die Frage nach dem Grunde der etwaigen Ersatzpflicht des Verkäufers, der causa obligationis, bereitet hier einige Schwierigkeiten. Denn es scheint, und das ist auch die herrschende Meinung, dass die Kontraktsklage, die actio ex emto, nur da gegeben werden kann, wo ein Vertrag, nicht aber der Schein eines Vertrags vorliegt. Man könnte hier nun zunächst, um die Ersatzpflicht zu begründen, an die beiden ausserkontraktlichen Klagen des römischen Rechts denken, nämlich die actio doli und die actio legis Aquiliae. Die erstere ist selbstverständlich anwendbar, wenn der Verkäufer in dolo versirte und gewährt dem Käufer volle Befriedigung, wenn wir davon absehen, dass die actio doli nur in beschränktem Umfange vererblich ist.

Würde nun aber der Verkäufer ganz frei bleiben, wenn ihm kein dolus, sondern nur culpa nachgewiesen werden kann? Aus den

[118]) a. a. O. Bd. 2 § 315 Note 5.

hierbei in Betracht kommenden Quellenstellen[119]) könnte dies geschlossen werden, da hier mehrfach das Wort decipere gebraucht wird. Indess braucht in diesem Worte nicht die Absicht der Täuschung gefunden zu werden, vielmehr wird der Ausdruck in den Quellen vielfach auch angewendet, um das Getäuschtsein einer Person in objectivem Sinne zu bezeichnen. Die Beschränkung der Haftbarkeit auf den Fall des dolus lässt sich daher aus den Quellen nicht behaupten. Mommsen[120]) geht nun weiter und erklärt auch die culpa lata für ausreichend zur Anstellung der actio doli.[120]) Diese Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus auch bei ausserkontraktlichen Verhältnissen lässt sich jedoch nicht aus den Quellen beweisen, wie denn auch Mommsen keinerlei Beweise für diese Behauptung beigebracht hat. Vielmehr müssen wir diese Gleichstellung auf Verschuldungsfälle bei Erfüllung gesetzlicher, vertragsmässiger oder letztwilliger Verpflichtungen beschränken.[121])

Die weitere Frage, ob sich etwa die Aquilische Klage auf unseren Fall anwenden liesse, muss verneint werden. Die Lex Aquilia bezog sich auf Tödtung eines Sklaven und pecus (caput primum) und auf Beschädigung einer körperlichen Sache durch urere, frangere, rumpere (caput tertium). In der weiteren Rechtsentwickelung dehnte man sie auf jede Verletzung der Integrität einer körperlichen Sache, ja weiterhin auch auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen ohne Verletzung der körperlichen Integrität aus, indem man eine utilis actio legis Aquiliae oder eine actio in factum gewährte. Indess sind trotz dieser Erweiterung die Voraussetzungen der Aquilischen Klage in unserm Falle nicht gegeben. Zunächst

[119]) l 18 de his qui 3, 2; l. 7 § 1 D. de except. 44, 1; l. 1 §§ 2 und 6 D. de aed ed. 21, 1; l. 46 D. de bon. libert. 38, 2; l. 7 § 1 D. de in integr. rest. 4, 1; l. 44 D. de min. 4, 4; l. 20 D. de aqua et aquae 39, 3. So auch Mommsen a. a. O. S. 122

[120]) a. a. O. S. 109.

[121]) So auch Goldschmidt: Der Lucca-Pistoja-Aktien-Streit S. 81; Reichsgerichts-Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 21 S. 165 fg., woselbst auch die Literatur über diese Frage zusammengestellt ist.

wird man in dem gefälschten Stempel keine Beschädigung des Papiers erblicken können. Der Werth, die Umlaufsfähigkeit und die Begebbarkeit des Papiers ist die gleiche wie vorher, der unechte Stempel bringt nur nicht dieselbe Wirkung hervor, wie der echte Stempel, d. h. die Verkäuflichkeit in Deutschland. Dazu kommt, dass die Anbringung des unechten Stempels nicht von dem Verkäufer, also derjenigen Person herrührt, um deren Ersatzpflicht es sich hier handelt — denn wäre dies der Fall, so würde dolus vorliegen und die actio doli gewährt werden können —, sondern der Verkäufer giebt nur eine Sache in demselben Zustande weiter, in dem er sie empfangen hat. Für den Empfänger (Käufer) kann hierin zwar eine Vermögensschädigung liegen, aber nicht in dem Sinne der lex Aquilia. Ausserdem gehört zur Begründung der Aquilischen Klage eine nachweisbare Schuld. In unserer Frage wird aber ein solcher Nachweis nur sehr selten erbracht werden können, auch nur selten auf Seiten des Verkäufers ein Verschulden vorliegen, wenn die Fälschung schwer zu erkennen ist.

Ihering in seiner oben angeführten Abhandlung gründet die Haftbarkeit des Promittenten bei nichtigen Verträgen auf die von ihm sog. culpa in contrahendo. Bezüglich der Verpflichtung des Verkäufers schliesse ich mich ihm an; seine Begründung vermag ich mir jedoch nicht anzueignen.

Der Fundamentalsatz dieser Theorie ist, dass die Nichtigkeit des Kontrakts zwar die Klage auf Erfüllung desselben, nicht aber die auf Schadensersatz wegen culpa ausschliesse. Nichtigkeit eines Vertrags bezeichnet nur die Abwesenheit der Wirkung auf Erfüllung, nicht die aller Wirkungen. Diese Haftpflicht des Promittenten bei nichtigen Verträgen unterstellt nun Ihering den Grundsätzen über die kontraktliche Haftung und gewinnt so den nöthigen Anhaltspunkt, um die culpa als causa obligationis hinzustellen. Dabei giebt aber Ihering dem Begriffe der culpa eine Ausdehnung, die sich sicherlich in anderen Beziehungen nicht rechtfertigen lässt und im Grunde genommen auf eine fingirte

culpa hinausläuft. Er imputirt nämlich nach Art des ädilicischen Edikts dem Verkäufer die Pflicht, seine Sache genau zu kennen. Kennt er einen Fehler oder eine in Betracht kommende wesentliche Eigenschaft seiner zum Verkaufe gebrachten Sache nicht, so befindet er sich in culpa und muss diese vertreten. Indess war m. E. die im Aedilenedikt dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung: die Fehler der Kaufsache zu kennen, für die unbeholfene und weniger fortgeschrittene Rechtswissenschaft nur ein fingirter Nothbehelf, um die gesteigerte Haftpflicht, welche das Edikt gegenüber dem bis dahin geltenden Civilrecht einführte, theoretisch zu begründen. Der natürliche Grund scheint mir vielmehr der gewesen zu sein, dass man den Minderwerth einer Sache in Folge eines schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandenen Fehlers aus Billigkeitsgründen dem Verkäufer zur Last legen wollte. Es war dies eine gewisse Durchbrechung des an und für sich richtigen Satzes, dass das Recht sich indifferent zu verhalten habe gegen die Proportionalität von Werth und Preis. Die von der Entschädigungspflicht des Verkäufers bei nichtigen Verträgen handelnden Quellenstellen, l. 62 § 1 D. de contr. emt. 18, 1 und l. 8 § 1 D. de religiosis 11, 7 entbinden uns m. E. nach einer bestimmten causa obligationis zu suchen. Ich bin vielmehr mit Windscheid der Ansicht, dass hier die Juristen den Promittenten allgemein verpflichten, den Mitkontrahenten nicht dadurch zu Schaden kommen zu lassen, dass er ihn zum Vertragsschluss bewogen habe. Der Verkäufer muss den Käufer hinsichtlich derjenigen Nachtheile schadlos halten, welche in Folge des Glaubens an die Gültigkeit des Kontrakts entstanden sind; er muss den Schaden ersetzen, den der Käufer durch Eingehung des Geschäfts, den Abschluss des Kaufs erlitten hat, d. i. das von Ihering sog. negative Vertragsinteresse im Unterschied zum positiven oder Erfüllungsinteresse. Soweit meine Auffassung von der Ihering'schen abweicht, möchte ich sie kurz dahin fassen, dass ich an Stelle der culpa in contrahendo eine obligatio e contrahendo, im Gegensatz zur obligatio e contractu setze. Die obligatio e contrahendo findet

ihre Begründung in dem Satze: Wer eine Leistung gegen eine Gegenleistung verspricht, soll ihrer Ausführbarkeit sicher sein.

Nach vorstehenden Ausführungen ist also der Verkauf von Prämienpapieren mit gefälschtem Stempel nichtig und der Verkäufer hat, auch wenn kein dolus oder culpa auf seiner Seite vorliegt, dem Käufer die diesem in Folge der Vertragsverhandlungen etc. entstandenen Kosten u. s. w. zu ersetzen.

Thesen.

I.

Die Beseitigung des Gewohnheitsrechts durch den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich ist zu beanstanden.

II.

Die Post ist nicht Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs.

III.

Zur „bestimmten Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs“ im Sinne des § 230 der Deutschen Civil-Prozessordnung genügt die blosse Individualisirung, d. h. die Angabe der Thatsachen, welche das individuelle, den Anspruch begründende specielle Rechtsverhältniss bezeichnen; der Substantiirung der Klage bedarf es in der Klageschrift nicht.

Lebenslauf.

Verfasser, katholischer Religion, wurde als Sohn des inzwischen verstorbenen Gutsbesitzers Max Koenig am 29. Januar 1854 zu Obermörlen im Grossherzogthum Hessen geboren. Er besuchte das Gymnasium zu Mainz, welches er im Herbst 1872 mit dem Zeugniss der Reife für die Universität verliess. Nach einem halbjährigen Studium der Theologie wandte er sich dem Postfache zu, bestand am 1. Juli 1876 die erste postalische Fachprüfung, am 30. April 1881 die höhere Postverwaltungsprüfung und wurde am 1. October 1885 zum Postinspector ernannt, als welcher er am 1. April 1886 in das Reichs-Postamt versetzt wurde.

Während seines dreijährigen Studiums der Rechtswissenschaft an der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin von Ostern 1888 bis dahin 1891 hörte Verfasser die Vorlesungen der Herren Professoren D. D. Dernburg, Hinschius, Rubo, Brunner, Pernice, Eck, Kohler, A. Wagner und Cosak, sowie des Herrn Privatdocenten Dr. Heck. Allen diesen Herren spricht er hiermit seinen wärmsten Dank aus.

Im Juni 1891 überreichte Verfasser der hohen juristischen Facultät der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin die vorliegende Dissertation behufs Erlangung der juristischen Doctorwürde. Die Dissertation fand die Billigung der hohen Facultät; ebenso die Ausarbeitungen über die dem Verfasser bezeichneten Textstellen. — Das examen rigorosum fand am 10. November statt. Das dem Verfasser ertheilte Prüfungsprädikat lautet: „magna cum laude.“